

UiO : **Det juridiske fakultet**

Proforma og gjennomskjæring ved kreditorforfølgelse

Kandidatnummer: 582

Leveringsfrist: 25.11.2012

Antall ord: 17 556



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema for avhandlingen og rettslig plassering	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Unngå eller omgå? Litt om valg av terminologi	3
1.4	Rettskilder	4
1.5	Oversikt over hvordan oppgaven er bygget opp	4
2	«PROFORMASITUASJONENE».....	5
2.1	Innledning	5
2.2	Dekningsloven § 2-2	5
2.3	Tvangsfullbyrdelsesloven §§ 7-13 og 7-14.....	6
2.4	Hva betyr ordet «proforma»?	8
2.4.1	Begrepet i en språklig sammenheng	8
2.4.2	Juridisk definisjon.....	8
2.4.3	Ulik/uklar bruk av begrepet	9
2.5	Motiver bak proformaarrangementer	11
2.6	Rettsvirkninger av proformaarrangementer	14
2.7	Gjennomgang av rettspraksis	16
2.7.1	Innledning	16
2.7.2	Momenter og vilkår oppstilt av domstolen	21
2.7.3	Objektivisert norm for vurderingen?	29
3	«GJENNOMSKJÆRING».....	32
3.1	Innledning	32
3.2	Omgåelse av regler.....	34
3.3	Gjennomskjæring i andre rettsdisipliner	41

3.3.1	Gjennomskjæring i skatteretten	43
3.3.2	Ansvarsgjennombrudd i selskapsretten	45
3.4	Gjennomskjæring i tvangsfullbyrdelsesretten for enkeltforfølgende kreditorer?	48
3.4.1	Rettspraksis	48
3.4.2	Behovet for en omgåelsesnorm	51
3.4.3	Hensyn bak en eventuell gjennomskjæringsadgang	53
3.4.4	Eventuelle vilkår for gjennomskjæring	54
3.4.5	Oppsummering	56
4	AVSLUTNING	56
5	KILDER	58
5.1	Lovs- og forarbeidsregister	58
5.1.1	Lover	58
5.1.2	Forarbeider	58
5.2	Domsregister	59
5.2.1	Høyesterettspraksis	59
5.2.2	Underrettspraksis	60
5.3	Litteraturliste	61

1 Innledning

1.1 Tema for avhandlingen og rettslig plassering

Det fremgår av dekningsloven (deknl.) § 2-2 at kreditor kan ta beslag i ethvert formuesgode som tilhører skyldner på beslagstidspunktet, hvilket ved enkeltforfølgning er tidspunktet for avholdelse av utleggsforretning, og for øvrig ved konkursåpning.¹ Vurderingen av hva skyldneren faktisk eier kan være vanskelig, spesielt sett hen til at en del skyldnere ikke ønsker å medvirke til avklaring. Det kan være at skyldneren oppgir uriktige opplysninger, setter i stand proformaarrangementer eller foretar illojale reelle disposisjoner for å omgå beslagsreglene. Spørsmålet om hvorvidt kreditorene må akseptere slike unndragelser er påtrengende.

Jeg vil i det følgende se nærmere på noen av de tilfellene der skyldnerens handlinger fremstår som et forsøk på å omgå beslagsreglene, og hva resultatet av disse handlingene kan tenkes å innebære for kreditor. Jeg vil konsentrere meg om de tilfellene der skyldneren forsøker å unngå beslagsreglene gjennom å inngå proformaavtaler som gir et uriktig inntrykk av hvilke eiendeler som tilhører han. Jeg vil også se nærmere på om det eksisterer en omgåelsesnorm innenfor tvangsfullbyrdsretten, som kan påvirke hvorvidt en reell disposisjon må respekteres av kreditor. Jeg vil komme nærmere tilbake til hva jeg legger i de ulike begrepene senere i oppgaven.

De to nevnte situasjonene har etter min mening et noe ulikt vurderingstema. Proformasaker handler ofte om å ta stilling til vanskelige bevissspørsmål, men også om å tolke beslagsreglene slik at man er klar over hvilke deler av faktum som er relevante i løsningen av spørsmålet om hvor langt kreditors beslagsrett strekker seg. I tilfeller der man står overfor en reell disposisjon er utgangspunktet at også kreditor må respektere den, selv om disposisjonen fremstår som svært illojal. Jeg vil se nærmere på om man kan tolke beslagsreglene ut-

¹ Se bl.a. deknl. § 1-4.

vidende i disse tilfellene, gjennom anvendelse av en omgåelsesnorm som tolkningsprinsipp. Det kan også være interessant å se om det eksisterer, eller er behov for, en selvstendig regel som utvider beslagsreglene i tilfeller der disposisjonen til skyldneren fremstår som en omgåelse av disse. Spørsmål om omgåelse og omgåelsesnormer reiser en rekke rettskildemessige spørsmål som jeg vil forsøke å belyse senere i oppgaven.

Spørsmål om forsøk på omgåelse av reglene om beslagsrett har en klar side til spørsmål om kreditorvern. I norsk rett er det flere overlappende regelsett som skal ivareta dette vernet, som for eksempel reglene om rettsvern,² omstøtelse i konkurs,³ ekteskapslovens regler om beslag⁴ og de alminnelige erstatningsreglene. Helheten av disse regelsettene søker bl.a. å avveie hensynet til kreditor og hensynet til øvrige suksessorer på en rettferdig måte,⁵ og man kan stå overfor tilfeller der man kan tenke seg at spørsmålet kan løses av flere regelsett. Ettersom hensynet til kreditorvern er et viktig hensyn både bak de ovennevnte reglene og omgåelsesreglene, kan det være naturlig at proformareglene og en eventuell omgåelsesnorm plasseres i en slags rettslig sammenheng med disse regelsettene.

1.2 Avgrensning

Spørsmål om omgåelse av regler er et tema som har vært gjenstand for stor akademisk interesse, og innenfor rammen av min oppgave kan jeg bare forsøke å gi et bilde av deler av dette temaet. Jeg må derfor begrense meg til å drøfte deler av de rettskildemessige spørsmålene, og vil på den måten ikke kunne gi et fullstendig bilde av denne diskusjonen. Jeg vil heller ikke kunne gi en uttømmende fremstilling av omgåelsesspørsmål i andre rettsdisipliner, men vil benytte meg av sammenlikninger med andre rettsdisipliner der dette kan tjene fremstillingen av omgåelsessituasjonen i tvangsfullbyrdelse og konkurs. Jeg vil også måtte

² Bl.a. tinglysningsloven (tgl.) §§ 20,21,23,27, panteloven §§ 5-4 – 5-10, sjøloven § 41.

³ Deknl. §§ 5-2 - 5-9.

⁴ Ekteskapsloven § 51.

⁵ LB-1998-1588.

avgrense mot andre situasjoner som bærer preg av å være forsøk på unngåelser, blant annet bruk av gal betegnelse på rettsforhold.

Som nevnt tidligere kan proformareglene og en eventuell omgåelsesnorm plasseres i en rettslig sammenheng med flere ulike regelsett.⁶ Av hensyn til oppgavens omfang vil jeg avgrense mot disse regelsettene, og det vil derfor ikke redegjøres nærmere for innholdet i disse reglene.

1.3 Unngå eller omgå? Litt om valg av terminologi

Innenfor den juridiske verdenen prøver man å unngå og benytte såkalte verdiladede begrep. I juridisk stil ønsker man ofte å fremstille et tema på en nøytral måte, uten å ta stilling til hvordan temaet skal oppfattes rent moralsk. Man ønsker altså ikke å fremstille et juridisk tema på en positivt eller negativt ladet måte.⁷ På bakgrunn av dette ønsker jeg å knytte en rask bemerkning til hvorfor jeg har valgt å benytte begrepet «omgå».

Å omgå en bestemmelse gir et inntrykk av en viss aktivitet, og et bevisst ønske om å slippe unna en regel. Slik «aktivitet» vil underbevisst skape et inntrykk av manglende lojalitet overfor lovgiver.⁸ Det er likevel ikke sikkert at borgeren i alle tilfeller har gått inn for å omgå regelen, selv om det blir resultatet av hans handling. Det kan derfor i noen situasjoner være mer hensiktsmessig å betegne handlingen som en *unngåelse* av regler. Å si at en person har unngått en lovregel virker mindre negativt ladet, og kan hentyde til en mer passiv holdning fra borgerens side. Ut ifra min gjennomgang av rettspraksis i tvangsfullbyrdelses- og konkurssaker synes det som om retten legger til grunn at ønsket om å unngå reglene ofte er motivasjonen for handlingene, altså at borgeren bevisst innretter seg etter et ønske om å unngå beslagsreglene.⁹ I disse tilfellene er det, etter min mening, mer passende å betegne

⁶ Se punkt 1.1 siste avsnitt.

⁷ Røsæg (1992) s. 80.

⁸ Røsæg (1992) s. 79.

⁹ Se bl.a. LB-2011-92967, LB-1999-2928, LB-2011-161276, LF-1994-216, LE-1994-982, LE-1992-1886.

handlingene som forsøk på omgåelse. De fleste eksemplene på proformadisposisjoner og illojale reelle disposisjoner som det vises til i denne oppgaven er slike tilfeller som etter min mening fortjener betegnelsen «omgåelse» av regelen.

En beskrivelse av det materielle innholdet i begrepet «omgåelse» kommer jeg nærmere tilbake til senere i oppgaven.¹⁰

1.4 Rettskilder

Rettskildebildet er relativt sammensatt, og både lov, forarbeider og rettspraksis spiller viktige roller. Deknl. § 2-2 er en grunnleggende bestemmelse om omfanget av kreditors beslagsrett, og ettersom proformavurderingen kan henføres under vurderingen av dette omfanget er bestemmelsen et naturlig utgangspunkt. Rettspraksis har spilt en viktig rolle i å fastlegge det nærmere innholdet i beslagsreglene, og vil derfor være en sentral rettskilde. Fremstillingen av bevisvurderingen i proformasaker er i det store og det hele basert på en gjennomgang av rettspraksis.

Også i forhold til omgåelsesspørsmålet er rettspraksis en sentral rettskilde. Videre er juridisk litteratur av sentral betydning for fremstillingen av en eventuell omgåelsesnorm.¹¹ Eksempler på omgåelsesnormer fra andre rettsdisipliner har også stor interesse for mitt tema.

1.5 Oversikt over hvordan oppgaven er bygget opp

Jeg vil dele oppgaven inn i to hoveddeler: del 1 som omhandler proformasituasjonene, og del 2 situasjonen der transaksjonen er reell mellom partene, men fremstår som illojal overfor kreditor.

¹⁰ Se særlig punkt 3.2.

¹¹ Juridisk litteratur tillegges kanskje liten vekt som rettskildefaktor, men er av stor nytte når det kommer til å analysere og systematisere gjeldende rett.

2 «Proformasituasjonene»

2.1 Innledning

Omfanget av kreditors beslagsrett er en grunnleggende problemstilling i min avhandling, og dekn. § 2-2 er som tidligere nevnt det klare utgangspunktet. Bestemmelsen krever en vurdering hva skyldneren eier. I noen tilfeller kan skyldneren være fristet til å få det til å fremstå som om han eier så lite som mulig, for å unngå beslag i eiendelene sine. Dette kan gjøres på forskjellige måter, men eksempler fra rettspraksis viser at en vanlig måte å gjøre dette på er å sette i stand et proformaarrangement. Et eksempel på et slikt arrangement er at skyldneren inngår en avtale om overdragelse av eiendeler med en tredjeperson, som kun skal ha «virkninger» utad og ikke mellom partene. Avtaleforholdet uttrykker altså ikke det partene *egentlig* har avtalt, men er kun egnet til å la skyldneren fremstå med mindre eiendeler. For å ta stilling til om slike avtaler kan medføre en vellykket omgåelse av beslagsreglene, må man tolke dekn. § 2-2 og fastlegge hvilket faktum som skal legges til grunn for subsumsjonen.

2.2 Dekningsloven § 2-2

I henhold til dekn. § 2-1 første ledd gjelder reglene om beslagsretten i dekn. §§ 2-2, 2-3, 2-4 og 2-9 ved kreditorbeslag ved utlegg, gjeldsforhandling, konkurs og offentlig skifte av insolvent dødsbo. Den rettslige avgrensningen av beslagsretten i dekn. § 2-2 er den samme i utleggssituasjoner som ved konkurs.¹²

For å klarlegge innholdet i bestemmelsen, er det naturlig å ta utgangspunkt i bestemmelsens ordlyd:

«Når ikke annet er fastsatt ved lov eller annen gyldig bestemmelse, har fordringshaverne rett til dekning i ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden, og som kan selges, utleies eller på annen måte omgjøres i penger.»

¹² Jfr. tvangsfullbyrdsloven (tvfbl.) §7-1 2.ledd.

Uttrykket «formuesgode» omfatter alt fra konkrete gjenstander som fast eiendom og motorvogner, til mer abstrakte rettigheter som varemerker og andre immaterielle rettigheter.¹³ Det er kun mulig å ta beslag i formuesgoder som kan omgjøres i penger.

Uttrykket «tilhører skyldneren» er det mest sentrale i forhold til oppgavens tema. Prinsippet om at det kun er skyldnerens egne ting som skal gå til dekning av skyldnerens gjeld, skal naturligvis sikre at tredjepersoner ikke skal kunne bli ansvarlige for skyldners gjeld. I Bygland-dommen, Rt. 1935 s. 981, uttaler Høyesterett at det er det reelle eierskapet – og ikke det formelle – man er ute etter når man vurderer hva som tilhører skyldneren. Uttalelsen har fått tilslutning i ettertid, og må i dag anses som et uttrykk for gjeldende rett.¹⁴

En nærmere fastleggelse av begrepet «tilhører» viser altså at man ikke kan omgå beslagsreglene gjennom kun formelt å overdra eiendeler til tredjepersoner, slik at eiendelene tilsynelatende ikke lenger tilhører skyldneren. I proformasaker har skyldneren ofte inngått en avtale om overdragelse av sine eiendeler til en tredjeperson, og det blir derfor av sentral betydning hva partene egentlig har avtalt. Etter å ha fastslått dette, må man spørre seg om de omstridte eiendelene tilhører skyldneren på en slik måte som dekningsloven foreskriver.

2.3 Tvangsfullbyrdelsesloven §§ 7-13 og 7-14

Ettersom det er viktig å ta stilling til hvilket faktum som skal ligge til grunn for subsumsjonen under deknsl. § 2-2, finnes det noen regler som skal lette denne prosessen. Presumsjonsreglene i tvangsfullbyrdelsesloven er eksempler på slike regler.

Tvfbl. § 7-13 og § 7-14 oppstiller presumsjonsregler om eierforholdet, og bygger på forskjellige ytre forhold. Tvfbl. § 7-13 gjelder situasjonen hvor saksøkte har besittelsen eller er registrert som eier av formuesgodet, mens det i § 7-14-tilfellene er en tredjeperson som

¹³ Andenæs (2009) s. 89-90.

¹⁴ Andenæs (2009) s. 157.

er registrert som eier av eller er i besittelse av formuesgodet. Videre er bevisbyrdereglene forskjellig utformet i de to bestemmelsene.

Reglene i tvfbl. §§ 7-13 og 7-14 er ikke materielle regler om beslag, men skal i utgangspunktet lette namsmannens arbeid med faktumsfastleggelsen.¹⁵ I forarbeidene til tvangsfullbyrdelsesloven fremgår det at bakgrunnen for bestemmelsene i tvfbl. §§ 7-13 og 7-14 er at det kan være vanskelig for namsmannen å ta stilling til anførsler om at det er andre enn skyldneren som eier de aktuelle eiendelene.¹⁶ Det henger sammen med at namsmannen ofte har liten tid til hver enkelt sak, og derfor bør kunne holde seg til enkelte presumsjoner og overlate til den som anfører det motsatte å underbygge sin påstand. Dersom namsmannen har holdepunkter som sannsynliggjør et annet eierforhold, må han fravike presumsjonene og legge det sannsynliggjorte faktum til grunn ved subsumsjonen. Dette følger av kravet til fri bevisbedømmelse, se mer om dette i punkt 2.7.1.2.

Tvfbl. §§ 7-13 og 7-14 gir ingen veiledning som gjelder spesielt for proformatilfeller, men vil ofte likevel ligge til grunn for namsmannens innledende behandling av slike saker. I svært mange av de proformasakene som er innklaget til retten¹⁷, og som jeg har gjennomgått, vises det til reglene i tvfbl §§ 7-13 og 7-14.¹⁸ I avgjørelsene pekes det som regel på at bestemmelsene tjener som utgangspunkt for den innledende vurdering av hvem som er eier

¹⁵ Se Rt. 1999 s. 901, s. 904: «Etter min oppfatning fremgår det av forarbeidene til bestemmelsen at den ikke kan oppfattes som en materiell rettsregel om beslagsrett, men må ses på som en form for legalpresumsjon. Som legalpresumsjon har bestemmelsen som funksjon å tjene som pedagogisk veiledning for namsmannen under behandlingen av utleggsforretningen.»

¹⁶ Ot.prp. nr. 65 (1990-91) s. 151- 152.

¹⁷ Jfr. tvfbl. § 7-26.

¹⁸ Se bl.a. LH-1999-617, LB-2011-195142, LB-1999-2928, LB-2011-188061, LB-2011-161276, LH-1994-439, Rt. 1999-901, LG-1994-1362, LB-1995-2406, Rt. 1997 s. 2017, LF-1993-561, LF-1997-469 og Rt. 1997 s. 708 for å nevne noen eksempler.

av de omstridte eiendelene, men at retten må foreta en selvstendig bedømmelse av de bevis som fremlegges av partene om eierforholdet.¹⁹

2.4 Hva betyr ordet «proforma»?

2.4.1 Begrepet i en språklig sammenheng

I det foregående, og i det etterfølgende, brukes begrepet proforma hyppig. Jeg ønsker derfor å sette ordet inn i en språklig sammenheng. Ordet «proforma»²⁰ kommer fra latin, og betyr «ifølge formen». Begrepet kan likestilles med uttrykk som «for syns skyld», «på skrømt», «simulasjon», «forkledde disposisjoner» eller «skinnrettshandel».²¹ Begrepet er bl.a. hyppig brukt innenfor det juridiske området, men kan ha ulike betydninger i ulike sammenhenger.

2.4.2 Juridisk definisjon

Det eksisterer ingen allmenn privatrettslig legaldefinisjon av begrepet proforma, men det har utviklet seg en tradisjon for hvordan begrepet har blitt brukt i praksis og teori.²² Begrepet blir tradisjonelt brukt på situasjoner der det inngås en avtale eller liknende, som avtalepartene er enige om at ikke skal legges til grunn dem imellom. Høyesterett selv har beskrevet situasjonen slik: «En avtalebestemmelse er proforma når det er på det rene mellom partene at bestemmelsen ikke skal ha virkning etter sitt innhold.»²³

Innenfor det juridiske området er begrepet bl.a. kjent innenfor tvangsfullbyrdelses-, konkurs, skatte-, utlendings-, skifte- og arveretten, men også innenfor forvaltningsretten bl.a. i sammenhenger der det er tale om utdeling av goder på grunnlag av en behovsprøving. I denne oppgaven er fokuset på bruken av begrepet innenfor konkurs og tvangsfullbyrdelse.

¹⁹ Se mer om rettens frie bevisbedømmelse i punkt 2.7.1.2.

²⁰ Kan også skrives i delt form, pro forma.

²¹ Sandvik (1967) s. 1.

²² Matre (2002) s. 580.

²³ Rt. 1994 s. 235 på s. 239.

Jeg har valgt å legge Høyesteretts definisjon slik den er gjengitt ovenfor til grunn i oppgaven. Det vil si at jeg legger et tradisjonelt proformabegrep til grunn,²⁴ hvor utgangspunktet er hva partene selv har ment med avtalen.

Hovedfokuset i denne fremstillingen er på skyldneren som reell eier, og tredjepersonen som proformaeier. Også tilfeller der skyldneren kun er proformaeier kan være interessante med tanke på beslagsrett, men disse tilfellene vil jeg kun sporadisk komme innom.

2.4.3 Ulik/uklar bruk av begrepet

Begrepet «proforma» anvendes ofte i både rettspraksis og juridisk teori, men innholdet i begrepet kan variere. Etter en gjennomgang av rettspraksis og litteratur har jeg funnet noen eksempler på uklar bruk av begrepet.²⁵ Særlig i skjæringspunktet mellom proforma, omgåelse og gjennomskjæring skilr begrepene til tider inn i hverandre, og bruken av begrepene synes lite konsekvent. Jeg kommer tilbake til en definisjon og diskusjonene rundt bruken av begrepene omgåelse og gjennomskjæring nedenfor, samt uklarheten i skillet mellom de sistnevnte begrepene og proformabegrepet.

Flere avgjørelser av Høyesterett på tidlig 1900-tallet kan illustrere uklarheter i bruken av begrepet «proforma». I avgjørelsene ble disposisjoner satt til side og betegnet som proforma, selv om begrunnelsene og faktum ikke nødvendigvis la grunnlag for en slik karakteristik. I Rt. 1900 s. 821 var problemstillingen hvorvidt farens overdragelse av gården til datteren var reell eller proforma. I skjøtet var det tatt forbehold om omfattende kårytelser, og Høyesterett kom til at overskjøtingen var proforma. I sin vurdering la Høyesterett særlig vekt på en føderådsbestemmelse. Foreldrene skulle ha «Hals og Haand over eiendommen», noe Høyesterett mente medførte at datterens eiendomsrett ble «et blot og bart Skin». Høy-

²⁴ Sandvig (1976) s. 72

²⁵ Se bl.a. Sandvig (1976) s. 61-62, Sandvik (1999) s. 34, Matre (2002) s. 582, Rt. 1901 s. 811 og Rt. 1900 s. 821.

esterett uttalte at føderådskontrakten virkelig var ment slik den var uttrykt, og at overdragelsen derfor var reell mellom partene, men betegnet den likevel som proforma.

I Rt. 1901 s. 811 var problemstillingen relativt lik; spørsmålet var om overdragelsen var proforma. Det ble vist til at selger hadde sikret seg bruksrett så lenge han ønsket, og deretter kår. Høyesterett uttaler på s. 812 at arrangementet var «(...)beregnet paa at udelukke Sælgerens Kreditorer fra at benytte Eiendommen som Satisfaktionsobjekt, men samtidig have den fulde Eiendomsnydelse for Sælgeren selv.»

I avgjørelsene bygger Høyesterett på innholdet i en avtale, som er åpen og kjent for alle parter, og sier langt på vei at innholdet er ment å gjelde mellom partene. Det at selger forbeholder seg retten til å benytte eiendommen videre, men gir eiendomsretten til en annen i henhold til ordlyden i avtalen, passer ikke naturlig inn under et proformabegrep som tar utgangspunkt i manglende virkning av avtalen slik den lyder. Det at Høyesterett selv påpeker at avtalen skal overholdes av partene tyder på en annen bruk av proformabegrepet enn det som er lagt til grunn i denne oppgaven. Sandvik uttaler følgende om proformabegrepet i avgjørelsene fra tidlig 1900-tallet: «At overdragelsen betegnes som proforma i de tilfeller som er nevnt, betyr åpenbart bare at det er misvisende å betegne erververen som eier, fordi hans råderett er sterkt begrenset sammenliknet med den som vanligvis tilkommer en eier.»²⁶ Det forhold at det er misvisende å kalle noen for eier, fordi deres rådighet er begrenset, medfører ikke at overdragelsen i seg selv er proforma all den tid den er ment å gjelde mellom partene.

I senere rettspraksis finner man også eksempler på at retten har kategorisert saksforhold som proforma, selv om forholdet ikke uten videre synes å passe inn under dette begrepet. I Rt. 1994 s. 1487 uttaler Høyesterett følgende på s. 1488: «Bruken av ordet 'proforma' synes å kunne innebære at selskapsstiftelsen ikke skulle anses å ha noen realitet. En slik ka-

²⁶ Sandvik (1967) s. 61.

rakteristikk synes imidlertid lagmannsretten ikke å ha dekning for.» En liknende uttalelse finner vi i Rt. 1971 s. 264, som riktignok dreier seg om proformavurderingen innenfor skatteretten. Førstvoterende uttaler følgende om proformakarakteristikken på s.266: «Riktignok finner jeg å måtte reservere meg overfor lagmannsrettens uttrykksmåte når den sier at A/S Mordan ble dannet som 'et rent proforma selskap'. I samsvar med hva begge parter er enige om, må jeg bygge på at selskapet var gyldig stiftet, (...)» De uttalelsene som Høyesterett finner å måtte reservere seg mot er blant annet: «Lagmannsretten bedømmer situasjonen dithen at selskapet ble dannet som et rent pro-forma selskap».²⁷ Høyesterett påpeker altså at det er misvisende å slå fast at et nystiftet selskap er proforma, all den tid stiftelsen er gyldig og medfører de forpliktelsene og rettighetene som følger av selskapsformen.

Kategoriseringen av selskapene som proforma, på tross av at disposisjonene skal legges til grunn mellom partene, fremstår som et ønske om å reagere mot en illojal og kreditorskadelig innretning som ikke tjener noe annet formål enn nettopp unndragelse av midler. Etter som proformabegrepet etter min mening bør reserveres for tilfeller der partene har ment noe annet enn det som fremgår av avtalen, bør man unngå bruken av begrepet om disposisjoner som faktisk skal legges til grunn mellom partene. Et ønske om en reaksjonsform mot de reelle disposisjonene som fremstår som illojale kan muligens være en årsak til at lagmannsretten har forsøkt å «presse» situasjoner inn under proformainstituttet, som etter min mening ikke hører hjemme der. Jeg kommer nærmere tilbake til dette senere, se punkt 3.1.

2.5 Motiver bak proformaarrangementer

Det kan være mange ulike motiver bak en inngåelse av proformaavtaler. Fra rettspraksis kan det pekes på eksempler der man ønsker å unngå reglene om pliktdelsarv, skiftereglene i ekteskapsloven, reglene om odelsrett, reglene om kreditorbeslag, for å unngå egenandelsplikt på sykehjem, for å skaffe seg lovlig opphold i landet eller for å unngå beskatning. For å illustrere at det kan tenkes mange ulike motiver bak proformaarrangementer, ønsker jeg å trekke frem et par eksempler fra rettspraksis.

²⁷ Se utdrag fra lagmannsrettens dom i Rt. 1971 s. 264 på s. 275.

I Rt. 1959 s. 1106 ble et arrangement motivert av et ønske om å unngå odelserverv vurdert som proforma av Høyesterett. Saken dreide seg om en odelsberettiget som anla odelsløsningssak mot erververe av en eiendom. Dette resulterte i at erververen inngikk en avtale med en eldre slektning som var bedre odelsberettiget, hvorefter denne tilsynelatende overtok eiendommen, samtidig som han inngikk en langvarig leiekontrakt med erververen. Høyesterett fant enstemmig at det ikke var tale om noen reell eiendomsoverdragelse, men et proformaarrangement, og ga derfor den første odelsberettigede medhold i odelsløsnings-saken.

Rt. 1998 s. 728 omhandler et tilfelle der en person som satt i uskiftet bo overførte verdier til en sønn, i det han fryktet at en for stor formue ville ha betydning ved tildeling av trygdeleilighet og eventuell husleie i en slik leilighet. Basert på overførselen av midler, begjærte særkullsbarna offentlig skifte, men fikk ikke medhold i dette da det var sannsynliggjort at hele overførselen var proforma.

Selv om de fleste forbinder proformabegrepet med noe illojalt og klanderverdig, bør man være oppmerksom på at det eksisterer en rekke tilfeller der motivet for arrangementet er legitimt og aktverdig. Det kan for eksempel vises til bruken av «gjorte obligasjoner»²⁸, og tilfeller der man overdrar fordringer til inkassobyråer – såkalt sikringscesjon. Videre kan det vises til bruken av stråmenn ved kjøp og salg av aksjer eller industrieiendommer, for eksempel for å unngå medieoppmerksomhet eller for å skjule forretningsstrategier.²⁹

I tvangsfullbyrdelse- og konkursretten er det mange eksempler på at inngåelser av proformaavtaler har vært motivert av et ønske om å unndra midler fra kreditorbeslag. Og i vurderingen av hvorvidt disposisjoner skal regnes for å være reelle eller proforma, nevnes

²⁸ Betegner pantobligasjoner der ordlyden ikke gir uttrykk for det underliggende rettsforholdet, se Gisle mfl. (2005) s. 116.

²⁹ Herlofsen (2012).

ofte motivet av retten. I Rt. 1999 s. 865 uttaler Høyesterett på s. 869: «Spørsmålet om ugyldighet som følge av proforma, avgjøres blant annet ut fra en bedømmelse av partenes motiver da avtalen ble inngått og den realitet avtalen deretter fikk for dem.» På tross av dette utsagnet, er det slik at motivet bak en disposisjon svært sjeldent bidrar til noen avklaring av hva partene egentlig har avtalt. I noen tilfeller kan det være vanskelig å bringe på det rene hva som har vært partenes motiv, og det kan også tenkes at partene selv ikke har hatt noen klar formening om dette. Motivet har derfor en svært begrenset bevisverdi i proformasaker, og er på ingen måte noe nødvendig eller tilstrekkelig bevis for proforma.³⁰ I Rt. 1994 s. 235 uttalte Høyesterett på s. 240 at eiendomsoverdragelse grunnet frykt for kreditorpåkang ikke i seg selv er noe indisium på at overdragelsen er proforma.

Det faktum at rettspraksis viser at proformaarrangementer i tvangsfullbyrdelse og konkurs oftest er begrunnet i et ønske om kreditorunndragelse, altså som et forsøk på omgåelse av beslagsreglene, er ikke nok til å sammenkoble proformabegrepet og omgåelseshensikt.³¹ Det er klart at når partene av erfaring ser at proformaarrangementer ofte blir satt til side i de tilfellene det kan påvises en omgåelseshensikt, kan det være fristende å påstå et slikt motiv under anførselen om proforma. Det kan tenkes man føler man har større mulighet for å nå frem dersom man kan peke på et uhederlig motiv. Sandvik synes å dele denne oppfatningen, og uttaler: «En påstand om aldeles hensiktsløst proformaverk, eller om proformaverket skal ha hatt en mer ekstraordinær begrunnelse, vil ha mindre muligheter for å vinne gehør. Så langt, men ikke lenger, har spørsmålet om omgåelseshensikt betydning for vurderingen av om en overdragelse er proforma.»³²

Jeg vil på bakgrunn av det ovenstående ikke komme nærmere inn på vurdering av motiv eller eventuell omgåelseshensikt i proformasaker.

³⁰ LG-1994-1362.

³¹ Sandvik (1967) s. 58.

³² Sandvik (1967) s. 58-59.

2.6 Rettsvirkninger av proformaarrangementer

Den mest fremtredende rettsvirkningen av et proformaarrangement er at avtalen ikke er gyldig mellom partene.³³ En av partene kan altså ikke i ettertid kreve at proformaavtalen skal gjennomføres etter sitt innhold. I Rt. 1994 s. 235 uttaler Høyesterett følgende på s. 239: «En avtalebestemmelse er proforma når det er på det rene mellom partene at bestemmelsen ikke skal ha virkning etter sitt innhold. I så fall skal i utgangspunktet det reelle forhold legges til grunn mellom partene, jfr. forutsetningsvis avtl. § 34.» I Rt. 1999 s. 865 uttrykkes virkningen på denne måten på s. 868-869: «Dersom det krav som ble fremsatt for herredsretten hadde ført frem, ville rettsfølgen vært at eiendommen, som følge av at avtalene var ugyldige som proformaverk, hele tiden hadde tilhørt A, og senere hans konkursbo.»

Dette vil i utgangspunktet også gjelde i forhold til tredjemenn. Det vil si at partenenes arvinger, kreditorer eller andre suksessorer ikke kan påberope seg innholdet i proformaavtalen selv om dette skulle være i deres interesse. Rt. 1940 s. 301 er et eksempel på dette. Saken dreide seg om arvingene til en av partene i en avtale som omhandlet en fast eiendom. Arvingene fikk ikke medhold i at avtalen skulle gjennomføres, fordi retten kom til at avtalen mellom partene var inngått «på skrømt». Proformaavtaler kan naturligvis heller ikke påberopes til skade for tredjepersoner.

Det er mange eksempler på at dette utgangspunktet også gjelder i forhold til kreditor. Blant annet gir Bygland-dommen³⁴ uttrykk for dette, selv om retten reserverte seg litt i forhold til enkeltforfølgende kreditorer. Det er imidlertid, i lys av senere rettspraksis, klart at prinsippet om manglende virkninger av proformaavtaler også gjelder overfor enkeltforfølgende kreditorer.³⁵ I Rt. 1999 s. 1833 dreide saken seg om en klage over utlegg tatt i fast eiendom, som ble påstått å være overdratt til barna fra skyldneren. Høyesterett sa følgende om virkningen av proformaavtalen for kreditorene på s. 1836: «Når det dernest gjelder lovtolk-

³³ Hov (1998) s. 240.

³⁴ Rt. 1935 s. 981.

³⁵ Andenæs (2009) s. 158.

ningen, har lagmannsretten på riktig måte tatt utgangspunkt i det allmenne prinsipp om manglende virkning av proforma overdragelser.»

I forhold til personer som har inngått avtale med proformaeieren i god tro, er situasjonen en annen. Dette er en situasjon der den reelle eieren har utstyrt proformaeieren med legitimasjon, og proformaeieren har inngått en avtale med en godtroende tredjeperson som har bygget på proformaeierens legitimasjon. Avtaleloven § 34 inneholder en legitimasjonsregel som er relevant i en slik situasjon. I utgangspunktet må legitimasjonen basere seg på et skriftlig dokument, som for eksempel et proformaskjøte eller en proforma kjøpekontrakt, men legitimasjonsregelen gjelder også i tilfeller der den formelle eierposisjonen til proformaeieren er kommet til uttrykk på annet vis.³⁶ Bestemmelsen sier at dersom en godtroende tredjeperson inngår avtale med proformaeieren, basert på proformaeierens legitimasjon, kan han gjøre denne avtalen gjeldende overfor den reelle eieren.

Det er viktig å presisere at legitimasjonsreglene ikke beskytter tredjepersoner i ond tro. Et eksempel på dette er Rt. 1976 s. 638, der tredjepersonen både var sønnen til den reelle eier og broren til proformaeieren. Han vant frem i lagmannsretten med at han ikke kjente til at overdragelsen mellom moren og broren var proforma, men fikk ikke medhold i Høyesterett. Høyesterett mente at han måtte kjenne til arrangementet, og således ikke var i slik god tro som kreves av avtl. § 34 og tgl. § 27.

Som det fremgår bl.a. av sistnevnte avgjørelse er også tgl. § 27 en sentral bestemmelse når det kommer til en tredjepersons rettigheter ved avtaleinngåelse med en proformaeier av fast eiendom. Bestemmelsen gjelder kun overfor avtaleerververe, slik at enkeltforfølgende kreditorer ikke kan påberope seg bestemmelsen. Dersom grunnbokshjemmelen er basert på et ugyldig dokument, f.eks. et proformaskjøte, vil en godtroende tredjeperson kunne ekstingvere den reelle eierens rett til eiendommen i henhold til bestemmelsen. Dette gjelder imid-

³⁶ Sandvik (1967) s. 53.

lertid ikke dersom hjemmelsdokumentet rammes av en sterk ugyldighetsgrunn.³⁷ Det er et vilkår for ekstinksjon av den reelle eiers rettighet til eiendommen at tredjepersonens avtaleervert er tinglyst, altså grunnbokført. Forskjellen på avtl. § 34 og tgl. § 27 er altså blant annet at tgl. § 27 kun kommer til anvendelse i forbindelse med fast eiendom, i motsetning til avtl. § 34 som ikke har en begrensning med tanke på type formuesgode. Videre må proformaoverdragelsen være tinglyst/grunnbokført for at man kan påberope seg ekstinksjonsregelen i tgl. § 27, i motsetning til avtl. § 34.³⁸

For kreditorer, enkelt- eller fellesforfølgende, gjelder derfor utgangspunktet at proformaavtalen ikke skal legges til grunn mellom partene eller i forhold til tredjeperson – det er det reelle eierforholdet som er avgjørende. Kreditor kan etter dette ikke kreve beslag i formuesgoder skyldneren kun er proformaeier av, men de kan kreve beslag i formuesgoder som skyldneren er reell eier av. Dette blir derfor som regel et spørsmål om bevis; hvem er mest sannsynlig reell eier, og i proformatilfeller; hva har partene egentlig avtalt?

2.7 Gjennomgang av rettspraksis

2.7.1 Innledning

Som tidligere nevnt er domstolens oppgave i proformasaker dels å slå fast hvilke tolkningsprinsipper som skal anvendes ved tolkningen av dekl. § 2-2, og dels hvilke rettsvilkår som må være oppfylt for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. En annen viktig del er fastleggelsen av faktum, som er tema for avhandlingens neste del.

³⁷ Tgl. § 27 2. ledd.

³⁸ Andre viktige bestemmelser om ekstinksjon av en reell eiers rettigheter til fordel for tredjepersoner som i god tro har handlet med proformaeier, finner man blant annet i godtroloven (godtrol.) § 1. Bestemmelsen gjelder kun for avtaleervertene og ikke enkeltforfølgende kreditorer. Jeg vil ikke gå nærmere inn på bestemmelsen, da oppgavens fokus er proforma i tvangsfullbyrdelse- og konkurssammenhenger.

2.7.1.1 Rettskildespørsmål

Proformareglene har i stor grad vokst frem i rettspraksis, og det eksisterer ikke en generell lovfestet proformalære. Praksis er derfor naturligvis av stor rettskildemessig betydning, og må danne grunnlaget for fremstillingen av proformainstituttet. Jeg har lest og systematisert om lag 60 avgjørelser fra lagmannsretten og Høyesterett, og sammen med juridisk litteratur danner dette grunnlaget for den neste delen av oppgaven. Avgjørelsene dreier seg hovedsakelig om konkurs og tvangsfullbyrdelse, men det har også vært nyttig å se på avgjørelser innenfor andre rettsdisipliner.

Da saksforholdene i stor grad knytter seg til spørsmål om beslagsrett, er de fleste avgjørelsene i kjennelses form.³⁹ I proformasaker er det ofte tvist om faktumsfastleggelsen noe som fører til at sakene sjelden slipper inn til behandling i Høyesterett,⁴⁰ og dersom de slipper inn er det som regel Høyesteretts ankeutvalg som tar stilling til sakene. Ettersom sakene sjelden behandles av Høyesterett, vil deler av den praksis som legger grunnlaget for oppgaven være praksis fra lagmannsrettene. Dette vil naturligvis begrense den rettskildemessige vekten til avgjørelsene, og man kan sjeldent trekke ut noen generelle uttalelser fra dommene som vil ha rekkevidde utover sitt eget saksforhold. Siden målet med oppgaven delvis er å se nærmere på hvilke momenter retten rent faktisk legger vekt på i avgjørelsen av proformas spørsmål, anser jeg likevel underrettspraksis som relevant for dette formålet.

Høyesteretts ankeutvalg har begrenset kompetanse i prøvingen av anker over kjennelser, jfr. tvisteloven §§ 30-5 og 30-6. Særlig er denne begrensede kompetansen knyttet til spørsmål om anken dreier seg om bevisbedømmelse eller lovtolkning, og det er derfor viktig å trekke et skille mellom disse ankegrunnene. Dette skillet er ikke alltid klart, og i Rt. 2005 s. 1476 uttaler ankeutvalget følgende om sin kompetanse i slike saker i avsnitt (14): «Under lovtolkning hører også hvilke hensyn som skal tillegges vekt der lovtolkningen innebærer en vurdering ut fra skjønnsmessige kriterier, og videre om lagmannsretten har

³⁹ Se tvfbl. § 6-3, og tvl. § 19-1 2.ledd c).

⁴⁰ TvL. § 30-5.

foretatt en tilstrekkelig bred vurdering (...)» Deretter peker ankeutvalget på en rekke momenter som burde fått mer vekt i den brede vurderingen.

2.7.1.2 Bevisvurdering

I proformasaker er det spørsmål om hva som er på det rene mellom partene. Bevistemaet, altså hva partene må føre bevis for, er i proformasaker hva partene egentlig har blitt enige om. For å ta stilling til dette må man foreta en grundig bevisvurdering. Siden bevisvurderingen er sentral i proformasaker er det interessant å se nærmere på de regler man har for dette, både på det generelle og det konkrete plan. Jeg vil derfor kort presentere noen av de sentrale begreper og regler i bevislæren, og knytte disse opp mot proformatilfellene.

Et naturlig utgangspunkt for rettens bevisvurdering finner man i tvl. § 21-2, som også gjelder i proformasaker. Retten skal foreta en fri bevisvurdering, og vurderingen skal baseres på de fremkomne bevis for de faktiske forhold jfr. tvl. § 21-2. Prinsippet om fri bevisbedømmelse går ut på at retten selv skal vurdere de fremlagte bevis, og ta stilling til bevistema i saken.⁴¹ Retten skal altså foreta en selvstendig prøving av bevisene som ikke er styrt av lovregler, og ta stilling til om beviskravet er tilfredsstillt slik at bevistema kan «besvares». Den frie bevisvurderingen er ikke «røkket ved» av at tvfbl. §§ 7-13 og 7-14 foreskriver en presumsjon for eierskap i den ene eller den andre retningen. Dette er slått fast i flere avgjørelser, bl.a. i Rt. 1999 s. 901 der følgende uttales på s. 905: «Dette medfører at presumsjonsregelen i § 7-13 3. ledd ikke sier noe mer enn det som følger av prinsippet om fri bevisbedømmelse, og at det først og fremst er under den innledende behandling av utleggsbegjæringen hos namsmannen at bestemmelsen får betydning.» En liknende uttalelse finner vi lagmannsrettens avgjørelse LB-2011-195142, der det uttales: «Hvilke gjenstander som tilhører en debitor, er underlagt en ordinær bevisbedømmelse.»⁴²

⁴¹ Nygaard (2002) s. 46.

⁴² Se også punkt 2.3.

Når alle bevis er lagt frem må verdien av de ulike bevisene veies opp mot hverandre, og man vil til slutt kunne ta stilling til sannsynligheten for det anførte rettsfaktum og det primære rettsspørsmålet. En kan sammenlikne dette stadiet med harmoniseringen av rettskilder.⁴³

Et annet viktig begrep er «bevisbyrden». I denne avhandlingen vil «bevisbyrde» betegne hvem som i utgangspunktet må føre bevis for eventuell proforma eller ei. I LB-2001-799 uttaler Borgarting lagmannsrett at det er den som gjør gjeldende at noe er proforma som har bevisbyrden for dette. I RG-1956 s. 1 slutter lagmannsretten seg til det samme standpunkt, og uttaler på s. 4: «Retten mener at det påhviler ankemotparten en streng bevisbyrde når proformaarrangement påberopes.» Høyesterett peker også på en slik forståelse av bevisbyrdespørsmålet. I Rt. 1957 s. 290 uttales det på s. 292 at «Når A så hevder at overdragelsen var proforma, må han mot Bs benektelse ha bevisbyrden for det.»

Som nevnt over spiller også beviskravet en rolle i saker der det strides om faktum. Et beviskrav er en juridisk norm som fastsetter hva som skal til for at et faktum kan anses bevist, og dermed kunne besvare det primære rettsspørsmålet.⁴⁴ Beviskravet inneholder dels et spørsmål om hvor strengt beviskravet er i det aktuelle tilfellet, og dels et spørsmål om bevisverdien av de ulike bevisfakta er nok til å oppfylle kravet.⁴⁵ Årsaken til at en har regler om beviskrav henger blant annet sammen med ønsket om å få et så materielt riktig resultat som mulig. En dommer som skal ta stilling til en sak er nødt til å treffe en beslutning om hvilket saksforhold han skal legge til grunn, selv der partene er helt uenige i faktumsbeskrivelsen.

I proformasaker i konkurs og tvangsfullbyrdelse er det ofte ikke partene som er uenige, men partene på en side mot kreditor eller konkursboet. Beviskravet i slike saker er presisert

⁴³ Nygaard (2002) s. 50.

⁴⁴ Nygaard (2002) s. 44.

⁴⁵ Nygaard (2002) s. 52.

i en lang rekke rettsavgjørelser. I Rt. 1999 s. 901 uttaler Høyesterett følgende om bevis-
terskelen på s. 902: «(...) da må retten ta stilling til spørsmålet ut fra hva som finnes mest
sannsynlig.» Høyesterett gir også anvisning på en sannsynlighetsvurdering i Rt. 1998 s.
502, der saken dreide seg om utlegg i et pengebeløp. Høyesterett uttaler på s. 505: «Det er
her tilstrekkelig å vise til at lagmannsretten korrekt har basert sin avgjørelse av eierforhol-
det på en sannsynlighetsvurdering, og at det ikke gis uttrykk for noen feilaktig oppfatning
av bevisbyrdereglene.» I sivile saker er det vanlig å regne kravet om alminnelig sannsyn-
lighetsovervekt som den generelle hovedregelen,⁴⁶ noe som tilsvarer en sannsynlighetsgrad
på minst 51 %. Dette gjelder i henhold til ovenstående også i tvangsfullbyrdelses- og kon-
kurssaker.

2.7.1.3 Objektive normer for bevisvurderingen?

Bevisvurderingen går som sagt ut på å vurdere de bevis som foreligger, ta stilling til hvil-
ken vekt det legges på de ulike bevis og tilslutt ta stilling til om beviskravet er oppfylt eller
ikke. Det er interessant å se om retten legger mer vekt på noen typer bevis enn andre, og
hvorvidt det kan sies å ha dannet seg mer objektive normer for bevisvurderingen i saker om
beslag i tvangsfullbyrdelse eller konkurs. Nygaard skriver følgende om muligheten for
dannelse av slike objektive normer:

«Men jamvel om dommaren etter lova står fritt i vurderinga av dei framkomne bevisfakta,
kan det over tid ha danna seg meir eller mindre bindande normer for bevisvurdering, nem-
leg gjennom domstolane sin eigen praksis eller sedvane.»⁴⁷

Nygaard peker på at slike normer for bevisvurderingen typisk kan være alminnelige erfa-
ringsgrunnsetninger. Eksempler på dette kan være at et vitne taper eller endrer minne etter
som tiden går, og at det derfor er grunn til å være forsiktig med å stole for mye på en for-

⁴⁶ Nygaard (2002) s. 53.

⁴⁷ Nygaard (2002) s. 46.

klaring avgitt lenge etter den aktuelle hendelsen. Slike erfaringsgrunnsetninger kan være styrende på hvordan retten vektlegger ulike momenter.

I teorien har det vært diskutert om slike erfaringsgrunnsetninger kan kalles normer. Nygaard er av den formening at slike erfaringsgrunnsetninger kan ha normativ virkning dersom de gjennom sedvane eller annen praksis har fått en viss normativ tilslutning eller autorisering.⁴⁸ Dersom dette legges til grunn, kan de autoriserte erfaringsreglene bli normer for verdsetting av bevis, for eksempel normer for bevisverdien av partsforklaringen i proformasakene. Det er interessant å se om en kan finne noen slike erfaringsgrunnsetninger som er egnet til å påvirke bevisvurderingen i proformasaker.

2.7.2 Momenter og vilkår oppstilt av domstolen

Jeg går nå over til den delen der jeg ser konkret på den praksisen jeg har systematisert, og jeg kommer i det følgende til å se på de bevis retten anser som relevante for å ta stilling til hva partene i realiteten har avtalt, samt verdsettelsen av de ulike momentene.

Innledningsvis er det nødvendig å bemerke at det å avklare realiteten i en avtale er en vanskelig oppgave. En avtale er normalt en formell fremstilling av partenes enighet, og fremstår egentlig ikke som en realitet man kan fastslå. Man er likevel nødt til å forsøke frembringe hva partene har avtalt for å ta stilling til beslagsspørsmålet.

2.7.2.1 Faktiske følger som har inntrådt etter avtaleinngåelsen

Spørsmål om hvilke realiteter avtalen har medført for partene er naturligvis helt grunnleggende, fordi de ulike bevis som kan henføres herunder kan belyse hva partene *egentlig* har ment med inngåelsen av avtalen. Det er klart at dersom erververen har flyttet inn i den overdratte eiendommen, betalt vederlaget og formelt er registrert som eier, kaster det et klart lys over partenes intensjon med avtalen. På samme måte vil det faktum at skyldneren fremdeles bruker formuesgodet, betaler løpende vedlikehold og betegner det som sitt eget

⁴⁸ Nygaard (2002) s. 47.

til utenforstående, trekke i retning av manglende realitet og underbygge at avtalen ikke er ment å beskrive det reelle avtaleforholdet mellom partene. I det følgende vil jeg peke på noen av de momentene som kan knyttes til avtalens realitet, og som retten synes å legge vekt på som relevante bevis.

Tidsmoment

Tidsmomentet kan si noe om situasjonen partene befant seg i ved inngåelsen av avtalen, og kan således gi en indikasjon på hva partene egentlig har avtalt. I LB-2011-195142 legger lagmannsretten vekt på at en samboeravtale som ble påstått å være proforma ble inngått på et mye tidligere tidspunkt enn utleggstidspunktet. Lagmannsretten uttaler: «At samboeravtalen ikke er proforma, styrkes av at den er inngått på samme tid som boligkjøpet, og ikke senere i forbindelse med utlegg.» Lagmannsretten konkluderer i saken med at samboeravtalen ikke er proforma. I LB-1998-1588 trekkes det frem at transaksjonen fant sted på en tid hvor faren for konkurs måtte fremstå som overhengende for partene, og at dette var et moment som måtte være karakteristisk for proformatilfeller.

Tredjepersonens økonomiske situasjon

Tredjepersonens økonomiske situasjon på avtaletidspunktet, kan også i noen tilfeller si noe om avtalens realitet. I saker der avtalen er gjensidig bebyrdende, drøftes det i flere avgjørelser hvorvidt mottakeren/tredjepersonen er i stand til å oppfylle sin del av avtalen. Dette går som regel på hvorvidt tredjepersonen er i stand til å betale den avtalte kjøpesummen, eller betjene de løpende utgiftene som for eksempel låneavdrag og renter.

I Rt. 2005 s. 1476 legger Høyesterett til grunn at lagmannsretten har tolket dekl. § 2-2 galt, når lagmannsretten ikke har foretatt en bred nok vurdering. Høyesterett peker på at lagmannsretten ikke har vurdert momenter av sentral betydning. Saken dreide seg om en datter som hadde fått overdratt en fast eiendom fra foreldrene. Høyesterett peker på at datterens evne til å betjene pantelånet som var knyttet til eiendommen var et moment av vesentlig betydning, og vurderer dette inngående. Førstvoterende uttaler videre i sin drøftelse

i avsnitt (20): «Manglende betalingsevne er forhold som klart er egnet til å svekke realiteten i overdragelsen.»

I saker som omhandler spørsmål om proforma ektepakter er tankegangen en litt annen. I Rt. 1999 s. 901 slo Høyesterett fast at en formuesoverføring ved ektepakt ikke kan underkjennes med den begrunnelse at det hefter gjeld på formuesgodet, som mottagerektefellen ikke er i stand til å betjene. Det samme spørsmålet er drøftet i LB-2011-195142, der lagmannsretten tok avstand fra tingretten som hadde lagt avgjørende vekt på at mottakersamboerens inntekt ikke tilsa at hun var i stand til å betjene lånet og samtidig bidra til underholdet. Lagmannsretten viste til at det ikke er avgjørende om mottageren kan betjene lån ved formuesoverføringer i ekteskapet, men vil ikke uttale seg nærmere om hvorvidt dette også vil gjelde for samboere. Lagmannsretten viste til at tingrettens utregninger ikke stemte, slik at ektefellen faktisk kunne betjene lånet og samtidig bidra til husholdningen. Lagmannsretten unnlot derfor å ta stilling til det vanskelige spørsmålet om det samme må legges til grunn i samboer- og ekteskapssaker.

Etter min mening kan ikke det samme legges til grunn i disse to tilfellene. I ekteskapssaker vil det som følge av den lovfestede underholdsplikten ikke være avgjørende om den ene ektefellen er i stand til både å betjene lån på boligen og bidra til underholdet. Dersom man ikke har penger igjen til forbruksutgifter vil man kunne kreve at den andre betaler mer enn sin del. Denne plikten hviler ikke på samboere, og man vil i utgangspunktet være nødt til å sørge for at man kan betjene både sin andel av forbruksutgiftene og sitt eget lån. Dersom man kun har penger til en av delene, kan det tyde på at overføringen fra den andre samboeren ikke er ment å være reell. I alle fall vil det si at den andre samboeren vil måtte bidra med mer enn sin del til forbruksutgiftene, noe som kan være med på å sannsynliggjøre at den andre samboeren er ment å være medeier i boligen. Dette kan også ses i sammenheng med den sikkerhetsventilen man finner i ekteskapsloven § 51, som man ikke kan legge til grunn i samboerforhold.

Sakene viser at tredjepersonens økonomiske situasjon blir vektlagt som et relevant bevis i proformasakene, med unntak av saker om overdragelser mellom ektefeller (og muligens samboere). Rettspraksis viser altså at momentet tillegges stor vekt i noen tilfeller, mens det i andre tilfeller tillegges liten eller ingen vekt.

Etterfølgende forhold; herunder rådighet, vedlikehold og finansiering

Dersom det er foretatt handlinger som innebærer en faktisk gjennomføring av avtalens materielle innhold, vil dette være momenter som ofte tillegges vekt. Særlig vil bruken, rådigheten, betaling av vederlag, vedlikehold o.l. kunne illustrere om partene har ment at avtalen skal legges til grunn etter sitt innhold.

Man kan tenke seg to ulike innfallsvinkler til dette spørsmålet. Man kan ta utgangspunkt i tredjepersonens forhold til formuesgodet i tiden etter overdragelsen, eller man kan ta utgangspunkt i skyldnerens forhold. For tredjepersonens del er det sentralt om han har betalt et vederlag eller tatt formuesgodet i bruk. Det er likevel slik at retten oftest tar utgangspunkt i skyldnerens stilling etter overdragelsen.⁴⁹

I LB-2011-161276 ble manglende endring i bruk av overdratte biler brukt som argument for at partene i realiteten ikke hadde avtalt en overdragelse. Det samme ble trukket frem i LF-1994-356 der lagmannsretten uttalte: «Lagmannsretten konstaterer imidlertid at heller ikke slik fysisk overlevering eller overføring som kan vise hva som på tross av ordlyden var ment og er gjennomført, har funnet sted. Kontorutstyr og inventar ifølge kjøpekontrakten ble ikke flyttet, men har fortsatt tjent begge selskaper med tilsynelatende samme eiere og representasjon under samme kontoradresse.» I LB-1995-2406 la lagmannsretten til grunn at det ikke hadde skjedd vesentlige endringer i rådigheten over formuesgodet som følge av overdragelsen. Retten viste til at det var skyldneren som bestemte over formuesgodet og at det var han som brukte det mest. Disse omstendighetene, sammen med flere

⁴⁹ Sandvik (1967) s. 64-65.

andre momenter, gjorde at lagmannsretten kom til at det var overveiende sannsynlig at skyldneren var formuesgodets reelle eier fordi avtalen ikke reelt sett hadde innebåret noen overdragelse.⁵⁰

Også betaling av løpende utgifter kan være et moment i den ene eller andre retningen. I LG-1999-716 betjente skyldneren alle heftelsene på eiendommen, til tross for at han hadde overdratt huset til døtrene sine. Dette, sett i sammenheng med at faren fremdeles bodde på eiendommen og disponerte over den, var nok til at arrangementet ble klassifisert som proforma.

I LG-1994-1362 var derimot ikke betaling av løpende utgifter nok til å forhindre en proformakarakteristikk. I denne saken var faren til skyldneren formell eier av bilen det var tatt utlegg i, og han sto for betaling av alle løpende utgifter som forsikring, veiavgift osv.⁵¹

Også andre faktiske beføyelser over et formuesgode kan tjene som momenter i en vurdering av hva partene egentlig har ment ved inngåelsen avtalen. I LB-2012-76753 pekte lagmannsretten på at skyldneren selv sto for arbeidene på en eiendom som han påsto at ektefellen hadde fått alle eierrettighetene til.

Dersom skyldneren selv betegner seg som eier i visse situasjoner, kan dette også utgjøre et bevis. I LB-1995-2406 fremkom det at skyldneren betegnet seg selv som eier av båten både overfor havnepolitiet og overfor bryggeeieren, noe retten mente trakk i retning av at det var skyldneren som var den reelle eieren. I LF-1997-469 uttalte flertallet: «Flertallet legger avgjørende vekt på at A oppga å være eier til fiskeriledelsen en uke i forveien.» Mindretallet mente derimot at det ikke var sannsynliggjort at det var skyldneren som var reell eier, til tross for at han selv oppga å være eier i noen situasjoner. Om det faktum at han har oppgitt å være eier uttalte mindretallet: «At A, på grunn av usikkerhet om de formelle krav med

⁵⁰ Se også LB-1998-1588.

⁵¹ Se også LB-1995-2406.

hensyn til registrering i fiskefartøyregisteret og opparbeidelse av fiskekvote oppga å være eier, kan på denne bakgrunn ikke være avgjørende. Heller ikke at han ut fra ulike motiver, overfor sin fraskilte ektefelle og andre, skapte det inntrykk at han var blitt fiskebåteier.» Saken ble anket, men kjæremålet førte ikke frem. Kjæremålsutvalget mente lagmannsretten hadde oppfylt kravet til begrunnelse og lagt riktig lovtolkning til grunn. Kjæremålsutvalget kunne ikke prøve bevisbedømmelsen eller den konkrete rettsanvendelsen, selv om det var anført feil i lagmannsrettens behandling av dette.

Et moment som ofte tillegges vekt er hvorvidt kjøpesummen er betalt. I saker som dreier seg om angivelige «kjøp og salg-situasjoner», vil manglende innbetaling av den avtalte kjøpesummen kunne indikere at avtalen ikke er ment å gjelde etter sin ordlyd. I LB-1999-29285 kom flertallet til at det ikke var erververen, men skyldneren som mest sannsynlig betalte vederlaget. Flertallet kom derfor til at det var skyldneren som var reell eier. Mindretallet derimot fant det ikke sannsynliggjort at det var skyldneren som var eier, og pekte blant annet på at bevisene ikke gjorde det mulig å konkludere med hvem som faktisk overførte pengene for aksjene. Også i LB-1995-2406 var manglende betaling av vederlag sentralt. Lagmannsretten uttalte: «Lagmannsretten peker bl.a. på at det ikke ble betalt noe beløp til C da båten ble 'ervert', og at det angivelige gjeldsforholdet mellom far og sønn i stor grad synes oppkonstruert.»⁵²

Også etterfølgende skattemessige, rettslige og bokføringsmessige virkninger er trukket frem av retten i flere sammenhenger. Slike virkninger kan være med på å belyse hvorvidt avtalen er reell. I LH-1999-617 la lagmannsretten vekt på at overdragelsen fra et par leger til et legesenter organisert som et aksjeselskap, ikke hadde noen bokføringsmessige eller skattemessige virkninger for noen av partene, og kom til at overdragelsen var proforma.

⁵² Se også LH-1999-617.

Det fremgår av det ovenstående at det er en rekke momenter som kan være med på å belyse hva partene egentlig har avtalt, og det er antagelig mange momenter som ikke er nevnt. Etter en gjennomgang av rettspraksis synes det som om det bare er fantasien som setter grenser for hvilke momenter som trekkes frem og legges vekt på. De som er nevnt ovenfor synes imidlertid å gå igjen ofte, og legges til tider stor vekt på som bevis.

2.7.2.2 Formelle forhold

Det pekes ofte på formelle forhold som kjøpekontrakter, skjøter, oppføring i selvangivelser, godkjenninger av overformynderiet, samboeravtaler og tinglyste ektepakter i en vurdering av hvorvidt man skal legge til grunn en avtale etter sin ordlyd, men ofte synes disse momentene å falle i bakgrunnen etter at de er påpekt.

En skriftlig avtale er som regel et sterkt bevis i en tvist mellom partene. En skriftlig avtale vil kunne bekrefte at partene har vært enige, og ordlyden i avtalen vil være et naturlig utgangspunkt for tolkningen og fastleggelsen av hva partene har blitt enige om. Dette utgangspunktet vil imidlertid ikke slå til i proformasaker. Det er nettopp inngåelsen av avtalen i seg selv som betviles, og avtalepartene vil ofte gi uttrykk for at innholdet er riktig. Dette kan skape en rekke vanskeligheter, da den skriftlige avtalen ikke kan belyse hva som er avtalt. Det er likevel slik at en manglende skriftlig inngåelse av den angivelige avtalen kan tyde på at arrangementet er proforma,⁵³ men det er ikke sikkert at utsagnet kan tolkes antitetisk. Dersom partene har satt i stand et proformaarrangement er det lett å utforme en skriftlig avtale, noe som fører til at bevisverdien til en skriftlig avtale ofte ikke er særlig høy. Det kan også tenkes at bevitnede avtaler vil ha lav bevisverdi. Vitnene kan enten være med på arrangementet, eller de kan ha bevitnet avtalen etter overbevisning fra partene om at innholdet er reelt. Heller ikke oppføring eller tinglysning av avtalen i offentlige register synes å ha noen avgjørende betydning i en proformavurdering.⁵⁴

⁵³ LB-1999-2928.

⁵⁴ Se bl.a. LB-2012-76753, LB-2011-92967, LB-2011-188061, LA-1992-856, LG-1994-1362, LB-1995-2406, LE-1994-982, LE-1992-1886, LG-1995-456.

Mange saker dreier seg om overføringer mellom foreldre og barn. Både overformynderiets rolle og vergemålsreglene kan her spille en rolle i vurderingen, dersom barnet var mindre-årig på avtaletidspunktet. Vergemålsloven § 59 setter vilkår for gyldigheten av ervervelse av fast eiendom. Tilsidesettelse av disse reglene har i rettspraksis blitt sett på som indisium på proforma.⁵⁵ I Utkast til lov om vergemaal for mindreaarige og umyndiggjorte (1919) s. 114 påpekes det at krav til at overformynderiet skal medvirke i saker om overdragelser av fast eiendom blant annet er gitt for å oppnå klare skillelinjer mellom proforma og reelle overdragelser.⁵⁶ Ved overdragelser fra foreldre til barn vil også reglene om setteverge på grunn av inhabilitet hos foreldrene ha betydning. Dersom foreldrene handler i strid med disse bestemmelsene vil disposisjonene være ugyldige etter vergemålsregelene, og det er ikke nødvendig å påberope seg proforma. Dersom fremgangsmåten i de nevnte reglene er fulgt trenger ikke det utelukke at overdragelsen var proforma, spørsmålet blir da om overformynderiet var klar over arrangementet.⁵⁷

Dersom saker om overdragelser fra en tredjeperson i barnets navn blir godkjent av overformynderiet, vil man antagelig ikke kunne konkludere med proforma, selv om formuesgodet er ervervet for foreldrenes regning.⁵⁸ Dette utgangspunktet har fått en viss tilslutning av Høyesterett. I Rt. 1994 s. 235 på s. 241 uttales det i et obiter dictum at «(...) det synes klart at et erverv fra tredjemann i barnets navn ikke kan anses å være skjedd proforma dersom 'overformynderiet har medvirket og oppfattet barnets erverv som reelt' selv om foreldrene mente å erverve for egen regning. Etter mitt syn taler gode grunner for at man som utgangspunkt må bygge på det syn Sandvik her gjør gjeldende.» Dette henger antagelig sammen med at overformynderiet må samtykke i at eiendommen overføres til foreldrene på et senere tidspunkt. Man kan likevel tenke seg at barn som er nær myndighetsalder selv kan

⁵⁵ Sandvik (1967) s. 69.

⁵⁶ Sandvik (1967) s. 69.

⁵⁷ Sandvik (1967) s. 70.

⁵⁸ Sandvik (1967) s. 71.

avtale at eiendommen skal overføres til foreldrene ved oppnådd myndighetsalder. I disse tilfellene kan man tenke seg at forholdet kan karakteriseres som proforma. Dersom overformynderiet derimot ikke har medvirket i disse situasjonene vil dette kun representere et mer eller mindre sterkt indisium for proforma.⁵⁹

Formelle avtaler som ektepakter og samboeravtaler skiller seg litt fra de øvrige formelle forhold, og tillegges større vekt. I flere rettsavgjørelser er det lagt til grunn at tinglyste ektepakter ikke kan sidestilles med tinglyste skjøter og liknende.⁶⁰ Det er slått fast at man ikke kan konkludere med at overføringen mellom ektefeller er proforma dersom den er nedfelt i en tinglyst ektepakt, og det ikke er holdepunkter for at avtalen ikke skal gjelde mellom partene. Jeg vil i den sammenheng vise til Rt. 1999 s. 901, som senere er henvist til i stort omfang. Samme standpunkt er i flere avgjørelser lagt til grunn også for samboeravtaler, se blant annet LB-2011-195142.

I henhold til ovenstående legges det gjennomgående lite vekt på formelle forhold av domstolene. Et unntak fra dette gjelder ektepakter og samboeravtaler, som i større omfang legges til grunn som troverdige uttrykk for rettsforholdet mellom partene.

2.7.3 Objektivisert norm for vurderingen?

Etter en gjennomgang av rettspraksis er det vanskelig å se et klart mønster i hvilke typer bevis som vektlegges tyngre enn andre, og det kan ikke sies å være noe belegg for å hevde at det kan innfortolkes en objektivisert norm for hva som skal anses som proforma. Avgjørelsene treffes på bakgrunn av en svært konkret vurdering av de bevis som er fremlagt i saken. I LB-1998-1588 uttrykker lagmannsretten følgende:

«Lagmannsretten kan ikke se at det er noe belegg i gjeldende rett for å innfortolke en objektivisert norm for hvilke transaksjoner som skal ansees å være proforma (...) Det vil rik-

⁵⁹ Sandvik (1967) s. 71.

⁶⁰ Bl.a. Rt. 1999 s. 901.

tig nok være slik at visse typer bevisfakta ofte forekommer i saker hvor den som påstår proforma får medhold. Motsatt vil det være andre typer bevisfakta som gjerne forekommer i saker hvor det motsatte synspunktet vinner frem (...) Slik lagmannsretten ser det innebærer ikke dette noe annet enn utslag av konkrete bevisvurderinger fra Høyesteretts side.»

I tillegg til dette, er det tydelig at de ulike momentene kan tas til inntekt både for og imot proforma, alt ettersom hvilke bevis som føres.

Det er likevel verdt å nevne noen momenter som særlig går igjen. Det legges blant annet svært liten vekt på de formelle forholdene. I en rekke saker er transaksjoner underkjent selv om den angivelige proformaeieren opptrer som eier i alle formelle henseende. I noen tilfeller vil kanskje samsvar mellom de formelle forholdene og den omtvistede avtalen bare være et tegn på hvor «gjennomføringsdyktige» eller «flinke» avtalepartene er, og det er bl.a. av den grunn klart at formelle forhold ikke skal ha noen avgjørende vekt. Jeg er likevel av den formening at de formelle forholdene i noen tilfeller tillegges for liten vekt. En kan nemlig ikke likestille det å ikke legge avgjørende vekt på formelle forhold, med det å ikke legge vekt på forholdene i det hele tatt. Jeg mener at formelle forhold også må tillegges reell vekt da de kan være et klart uttrykk for hva partene har ment, særlig i tilfeller der det er få klare bevis for at de formelle forholdene ikke er uttrykk for det reelle eierforholdet.

Også etterfølgende forhold er momenter som særlig får tilslutning av retten. Etterfølgende forhold vil naturligvis være med på å belyse hva som har vært partenes intensjon. Hvilke typer bevis i denne kategorien som det legges vekt på avhenger helt av det konkrete saksforholdet, men det kan nevnes at manglende endringer i bruken av formuesgodet etter at det angivelig er overdratt er et moment som synes å tillegges stor vekt i proformasammenheng.

Som tidligere nevnt kan det gjennom rettspraksis utvikle seg ulovfestede normer for bevisvurderingen, i form av erfaringsgrunnsetninger som påvirker vektleggingen av visse bevisfakta. I proformasaker kan det også synes som om det eksisterer noen slike erfaringsgrunn-

setninger som virker normerende for rettens bevisbedømmelse. Blant annet pekes det på at det ofte er i avtalepartenes interesse å hevde at avtalen ikke er proforma, slik at vekten av deres forklaring svekkes. Blant annet uttales det følgende i LB-2011-92967: «Lagmannsretten bemerker at i proformatilfellene vil normalt minst en av partene innstendig bestride at overdragelsen er proforma, noe som oftest tilsier at partenes forklaring blir av liten bevisvekt (...)» Dette fremstår som en innarbeidet innstilling til partenes forklaring, som gir seg tydelige utslag i den rettspraksisen som foreligger.⁶¹ I forlengelsen av dette, synes det som om retten ofte legger større vekt på bevis som har manifestert seg for omverdenen en tid før tvisten oppsto.⁶²

Proformasakene dreier seg ofte om disposisjoner innad i familien eller mellom nærstående selskaper, noe som synes å skape en viss skepsis hos retten. I flere saker pekes det på at det i saker som omhandler familieforhold er nødvendig å foreta en mer inngående vurdering av proformaspørsmålet. Dette henger naturligvis sammen med de nære forholdene, og at man langt på vei kan identifisere familiemedlemmenes interesser med hverandre. Det henger også sammen med at det er vanskelig å se noen endringer i rådigheten over formuesgodene som angivelig er overført, slik at det kan være vanskelig å ta stilling til realiteten av avtalen. Dette gjør seg særlig gjeldende i saker der det er snakk om en kombinasjon av overdragelse og stiftelse av livsvarige bruksretter for skyldneren til formuesgodet. I Rt. 2005 s. 1476 uttaler Høyesterett i avsnitt (19): «I et tilfelle der det gjelder spørsmål om kreditorbeslag etter overdragelse av boligeiendom mellom nære familiemedlemmer, med bruksrett livet ut for overdrageren, må retten inngående vurdere om overføringen innebærer en realitet.» Dette kan tyde på at det foreligger en type erfaringsgrunnsetning som «skjerper» bevisvurderingen i saker om familieforhold.

I henhold til ovenstående kan jeg ikke konkludere med at det eksisterer en objektivisert norm for bevisvurderingen i proformasaker, selv om en rekke momenter påpekes til stadig-

⁶¹ Se også Brækhus, Hærem (1971) s. 494.

⁶² LB-1998-1588.

het. Derimot mener jeg at det kan synes å eksistere flere erfaringsgrunnsetninger om troverdigheten av spesifikke bevis som er egnet til å påvirke retten i sin bevisvurdering.

3 «Gjennomskjæring»

3.1 Innledning

Den neste delen av oppgaven omhandler tilfellet der de omtvistede disposisjonene har medført en realitet for partene. Partene er altså enige om at avtalen skal legges til grunn etter sitt innhold. Når man har definisjonen på proforma i bakhodet, ser man at dette er en annen situasjon enn den som er omhandlet i oppgavens forrige del. Det er likevel slik at bruken av proformabegrepet i teori og praksis til tider har skapt en uklar grense mellom de to situasjonene. Jeg vil kort vise et par eksempler.

I Gisle m.fl.'s «Jusleksikon» er fokuset på «reelle forhold» egnet for uklarheter i grensen mellom proforma og gjennomskjæringstilfeller. Aarbakke definerer begrepet «omgåelse» på følgende måte i leksikonet: «(...) transaksjon som har til formål å oppnå gunstige skattemessige virkninger ved at det er et misforhold mellom det transaksjonen fremstår som, og det reelle innholdet i transaksjonen.»⁶³ Denne definisjonen trekker veksler på proformasituasjonene. Dersom man legger til grunn at det reelle forholdet peker på den økonomiske realiteten i transaksjonen ser man likevel forskjellen. Lenger ut i Aarbakkes definisjon skriver han: «Omgåelse er nær beslektet med proforma, som også er gjenstand for gjennomskjæring.»⁶⁴ Dette er i alle fall godt egnet for forvirring, tatt i betraktning at man ofte forsøker å holde begrepene gjennomskjæring og proforma adskilt. Jeg antar at en her må legge til grunn at den «gjennomskjæring» Aarbakke sikter til, er en tilsidesettelse av selve proformadisposisjonen. Man skjærer altså gjennom en transaksjon som er foretatt proforma, og legger det reelle avtaleforholdet til grunn. Ellers er det vanlig å si at en setter til side

⁶³ Gisle m.fl. (2005) s. 205.

⁶⁴ Gisle m. fl.(2005) s. 205.

en proformatransaksjon som «ugyldig/ikke reell», mens en gjennomskjærer reelle/gyldige disposisjoner på grunn av deres økonomiske følger.

Frederik Zimmer skriver også om tilfeller i skatteretten der man bruker begrepene om hverandre, og uttaler: «Grensen mellom pro forma- og omgåelsestilfellene er i praksis ikke alltid helt klar. Det er også en tendens i praksis til at pro forma-terminologien brukes i tilfeller hvor det neppe er grunnlag for å hevde at partene ikke har ment forholdet på alvor; slike tilfeller bør bedømmes ut i fra omgåelsessynspunkter, se Rt. 1998 s. 1779 INA (...)»⁶⁵ Matre skriver også om begrepsforvirringen, og uttaler: «Forholdet mellom normene er imidlertid ikke skarpt, og i praksis benyttes pro forma tidvis om omgåelsestilfeller.»⁶⁶

Eksemplene viser at det er hensiktsmessig å opprettholde et skille mellom begrepene, bl.a. fordi de relaterer seg til ulike faktiske situasjoner. Gitt den relativt innarbeidede forståelsen av proformabegrepet både blant jurister og «folk flest», vil en separering av begrepene både være et effektivt virkemiddel for å motvirke misforståelser, og tydeliggjøre både vilkår og følger av de to ulike formene for omgåelse.

Rettspraksis har vist at noen innrettelser fremstår som opplagte forsøk på omgåelser av beslagsreglene. Et eksempel på dette kan være at skyldneren kort tid før utleggs- eller konkurstidspunktet overdrar alle formuesgodene sine til et nystiftet aksjeselskap, kanskje eiet eller drevet av skyldneren selv. Det kan tenkes at overdragelsen til selskapet ikke kan begrunnes i noen andre formål enn unndragelse fra kreditorbeslag, slik at overdragelsen fremstår som svært illojal overfor kreditorene. Skyldneren har i disse tilfellene foretatt en disposisjon med reelt innhold, men som tilsynelatende fremstår som en omgåelse av beslagsreglene. Utgangspunktet må være at kreditor må respektere overdragelsen, selv om innrettelsen synes svært illojal.

⁶⁵ Zimmer (2009) s. 61.

⁶⁶ Matre (2002) s. 582.

Jeg ønsker derfor å stille spørsmålet om det kan tenkes at dekl. § 2-2 kan tolkes på en slik måte at innrettelser som fremstår som forsøk på omgåelse, likevel omfattes av bestemmelsen med den følge at formuesgodene likevel kan beslaglegges av kreditor. Eventuelt om det eksisterer eller er behov for en spesiell regel som utvider beslagsreglenes omfang i omgåelsetilfeller. Et slikt tolksprinsipp/særskilt bestemmelse er det tradisjon for å kalle en «omgåelsesnorm».

3.2 Omgåelse av regler

For å kunne drøfte en mulig fremgangsmåte for å forhindre omgåelser av beslagsreglene anser jeg det som hensiktsmessig å se litt nærmere på begrepene omgåelse, omgåelsesnorm og gjennomskjæring. Det har foregått en betydelig diskusjon rundt bruken av begrepene, og jeg vil forsøke å tegne et bilde av hva diskusjonene har gått ut på.

3.2.1.1 Omgåelse som et særskilt rettslig problem?

Først anser jeg det som nyttig å forsøke å definere hvilken situasjon jeg velger å omtale som «omgåelse». Kort og upresist kan man definere en omgåelsessituasjon som et tilfelle der en person mer eller mindre planlagt unngår eller forsøker å unngå en lovbestemmelse. Disposisjonen/handlingen rammes altså tilsynelatende ikke av bestemmelsen, på tross av at resultatet av handlingen fremstår som sammenfallende med det resultat lovbestemmelsen er ment å ramme. Man kan også tenkes seg en tilsvarende unngåelse, dersom man innretter seg på en slik måte at man omfattes av en bestemmelse som medfører en fordel som ikke er tilsiktet fra lovgivers side. Den sistnevnte typen unngåelse vil jeg ikke komme nærmere inn på.

I teorien kan man finne en rekke diskusjoner rundt bruken av begrepet omgåelse eller unngåelse av regler, og det har blitt drøftet hvorvidt omgåelse representerer et særskilt rettslig problem eller ei. De teoretikerne som har hevdet at omgåelser ikke utgjør noe rettslig problem, tar ofte utgangspunkt i at man står overfor et ferdig resultat av lovtolkning og faktumfastleggelse. De hevder at dersom man står overfor en handling som ikke rammes av regelen vil ikke dette være et rettslig problem, men muligens et legislativt problem. De ser for seg at spørsmålet kun dreier seg om hvor langt den aktuelle regelen kan strekkes, etter

en alminnelig fortolkning av denne. Tilhengere av et slikt synspunkt er bl.a. Stang og Arnholm.⁶⁷ Arnholm har blant annet uttalt følgende: «Man sier undertiden at et forbud mot disposisjoner av en viss art også må ramme forsøk på omgåelser. I virkeligheten er dette temmelig uklar tale; det hele er et spørsmål om hvor langt selve forbudet går.»⁶⁸

Andre teoretikere er derimot av den formening at omgåelse representerer et særskilt rettslig problem. Deres innfallsvinkel er gjerne at man står overfor en foreløpig unngåelse av en lovbestemmelse, uten at lovtolkningen eller faktumfastleggelsen er avsluttet. Dersom forholdet tilsynelatende går klar av reglen, og dette resultatet vil medføre at borgeren oppnår en fordel dersom forholdet mellom regelen og faktum blir opprettholdt, samt at det vil være illojalt å la borgeren oppnå fordelene, kan dette være et argument for å endre standpunkt til hvordan forholdet mellom lovregelen og saksforholdet skal være.⁶⁹ Det er nok ikke slik at alle motstanderne av at det representerer et særskilt rettslig problem vil være uenige i det ovennevnte, men det ligger en forskjell i hva man legger i begrepet omgåelse. Som Aarbakke har fremhevet det, vil tilhengerne referere omgåelse «(...) til en spesiell norm, en norm som sier noe om hvilket standpunkt som skal tas til forholdet mellom vedkommende saksforhold og lovregel.»⁷⁰ Tilhengerne ser for seg en omgåelsesnorm som kan påvirke hvordan faktum og jussen skal fastlegges i det aktuelle tilfellet, slik at innrettelsen likevel skal rammes av lovregelen. Dette forutsetter nødvendigvis at det eksisterer en omgåelsesnorm på dette rettsområdet.

I Høyesteretts praksis finner en eksempler på at det kan være glidende overganger mellom alminnelig lovtolkning, og anvendelse av en omgåelsesnorm. Harboe trekker frem Rt. 1993 s. 173 (Phønix-dommen) og Rt. 2002 s. 798 (CBK-dommen) som eksempler på dette i skat-

⁶⁷ Stang (1935) s.582, Arnholm (1964) s. 257 og Aarbakke (1970) s. 1-2.

⁶⁸ Arnholm (1964) s. 257.

⁶⁹ Aarbakke (1970) s. 7.

⁷⁰ Aarbakke (1970) s. 2.

teretten.⁷¹ I Phønix-dommen uttales følgende på s. 179: «Om man vil anse dette for å følge direkte av selve loven eller om man vil se det slik at lovreglene her må suppleres med skatterettslige omgåelses- og gjennomskjæringssynspunkter, kan vel nærmest være en smakssak.» I CBK-dommen uttales det på s. 803: «Overligningsnemnda uttaler at det nærmest kan være en smakssak om man i denne saken bygger på en tolkning av begrepet 'realisasjon' eller om man anvender 'den ulovfestede omgåelsesnorm'. Etter min mening er ikke dette helt treffende. Det er – slik jeg ser det – her tale om to ulike rettslige vurderingstemaer, og det er bare et stykke på vei at de samme hensyn vil være relevante.»

Dersom man hevder at omgåelse ikke representerer noe særskilt problem, kommer man ikke bort fra problemstillingens grunnleggende innhold. Man vil likevel stå overfor en vanskelig tolkningsoppgave; hvor lang strekker loven seg? Kan den tolkes utvidende, og hvor langt kan den eventuelt strekkes? Det er klart at omgåelsessituasjoner noen ganger kan avklares gjennom bruk av alminnelige rettskilder som forarbeider, rettspraksis eller formålsrettede tolkninger, men i noen situasjoner kan det være nødvendig å supplere med en omgåelsesnorm.⁷²

3.2.1.2 Fastleggelse av faktum eller jus?

Det har også foregått en diskusjon som omhandler hvorvidt en omgåelsesnorm relaterer seg til fastleggelse av faktum eller jus. Diskusjonen går kort ut på hvorvidt man anvender normen til å beskrive faktum på en slik måte at det rammes av lovregelen, eller om man anvender normen til å tolke loven utvidende slik at et forholdsvis utolket saksforhold rammes av regelen. Det dreier seg med andre ord om hvorvidt man skal tolke faktum eller jussen med bakgrunn i omgåelsessynspunkter. Det finnes teoretikere som har tilsluttet seg begge fremgangsmåtene, og noen anfører at en blanding er mest hensiktsmessig.⁷³

⁷¹ Harboe (2012) s. 210-211.

⁷² Aarbakke (1970) s. 2.

⁷³ Om de ulike teoretikers standpunkt se Banoun (2003) s. 263-268, der det bl.a henvises til Aarbakke, Zimmer, Løchen og Sandvik.

Jeg vil i det videre legge til grunn at omgåelsesnormen påvirker tolkningen av jussen, og ikke faktum. Jeg antar at det er en fordel å legge til grunn det faktum som anses som mest sannsynlig ut ifra vanlige regler for bevisbedømmelse. Deretter må omgåelsesnormen påvirke rettsanvendelsen gjennom hvilke deler av faktumet som anses relevante for løsningen av rettsspørsmålet. Jeg kan slutte meg til Banouns konklusjon på spørsmålet:

«Det er tolkningsprosessen som avgjør hvilke faktorer som er relevante for en regel, det vil si hvilket faktum man skal se etter. Relatert til omgåelsessaker, må det sies å være rettsanvendelsen som avgjør hvorvidt det er av betydning for en konkret skattebestemmelse hva slags subjektive hensikter skatteyter har, hvorvidt et selskap er tomt (...) og så videre. I omgåelsessaker har objektive rettskildefaktorer ofte ikke kunnet forklare hvorfor akkurat disse trekkene ved saksforholdet var av relevans. Rettens fremheving av disse faktorene kan bare forstås på bakgrunn av rettskildefaktoren reelle hensyn/sakens natur. Det forhold at man ved fastleggelse av rettsforhold må ta hensyn til trekk ved transaksjonen, medfører således ikke at vektleggingen er faktumfastleggelse. Vektleggingen av faktum finner sted fordi man via rettsanvendelsen har funnet ut at det konkrete faktum er relevant for anvendelsen av den rettsregelen.»⁷⁴

3.2.1.3 Omgåelsessynspunkter som alminnelig tolkningsprinsipp, eller som eget rettslig grunnlag?

Som nevnt tidligere har det også vært diskusjoner om hvorvidt en omgåelsesnorm kun tjener som et alminnelig tolkningsprinsipp, eller om den fungerer som en selvstendig hjemmel som utvider primærbestemmelsens anvendelsesområde.

Dersom man hevder at normen kun tjener som et alminnelig tolkningsprinsipp, ser man på normen som en mulighet til å tolke bestemmelsen utvidende slik at saksforholdet faller inn under den aktuelle bestemmelsen. Tolkning av bestemmelser er ikke noe særegent for om-

⁷⁴ Banoun (2003) s. 266-267.

gåelsestilfeller. Ordlyden i en lovregel gir ofte ikke et klart svar på hvordan rettsregelen skal anvendes på et konkret faktum, noe som medfører at man alltid må tolke bestemmelsen for å fastlegge dens anvendelsesområde. Man kan derfor langt på vei si at man anvender tolkningsresultater, og ikke lovregler, når man bedriver rettsanvendelse.⁷⁵ Etter alminnelige tolkningsprinsipper skal man ta utgangspunkt i lovens ordlyd ved en fastleggelse av dens innhold, og ordlyden vil som regel sette grenser for hvilke tolkningsresultater man kan sitte igjen med. Det spesielle i tilfellene der man anvender en omgåelsesnorm er at man til tider fjerner seg helt fra lovens ordlyd, og fastlegger innholdet nærmest utelukkende på bakgrunn av lovgivers intensjon.⁷⁶ Man vil i disse tilfellene tale om omgåelsesnormen som et uttrykk for en spesiell omstendighet som utvider regelens innhold.

Ved anvendelse av normen som et selvstendig rettslig grunnlag, medfører også dette en utvidelse av lovbestemmelsenes nedslagsfelt basert på formålet bak primærhjemmelen. Det som kan kjennetegne denne typen utvidelse av lovreglene, er at man har formulert egne vilkår for utvidelsen. Normen fremstår her som en egen rettsregel som har tilknyttet egne rettsvilkår og følger. Normen er naturligvis ikke fullstendig løsrevet fra primærhjemmelen, men fremstår som et selvstendig grunnlag for utvidelse av denne. I skatteretten kan man, etter min mening, finne et godt eksempel på at det har utviklet seg en omgåelsesnorm som nå betegnes som en regel. Gjennomskjæringsregelen medfører således en ulovfestet utvidelse av adgangen til å beskatte. Regelen har klare vilkår, og er formulert av Høyesterett som en egen rettsregel.⁷⁷ Et nærmere innhold av en slik norm, herunder eventuelle vilkår for at den skal komme til anvendelse, vil jeg komme nærmere tilbake til under punkt 3.3.1.

Hva som etter min mening er den mest hensiktsmessige forståelse av omgåelsesnormen er vanskelig å fastlegge. Dersom man anvender normen som et tolkningsprinsipp åpner man

⁷⁵ Aarbakke (1970) s. 17.

⁷⁶ Harboe (2012) s. 210.

⁷⁷ Harboe (2012) s. 207, uttaler: «Skatterettslig gjennomskjæring er presentert av Høyesterett som en ‘regel’ (...)»

for at også andre prinsipper og hensyn kan gjøre seg gjeldende, og dermed forhindre en utvidende tolkning basert på at forholdet ellers ville medføre en omgåelse. Hvis man derimot betegner normen som en selvstendig regel, unngår man problemene som kan oppstå i forbindelse med å tolke en bestemmelse helt løsrevet fra bestemmelsens ordlyd. Dette har en klar sammenheng med borgeres rettsikkerhet, herunder borgernes mulighet til å forutberegne sin rettsstilling. Dersom tolkningen avviker totalt fra ordlyden i bestemmelsen, vil det være svært vanskelig å se hvor lovens grense går, og således svekke borgernes mulighet til å innrette seg etter loven. Dette er en nærliggende fare i omgåelsessituasjoner. Der vil man nærmest løsrive seg helt fra ordlyden, og anvende lovgivers intensjoner som basis for en rettsanvendelse.⁷⁸ Det er opplagt at «vanlige» borgere vil ha vanskeligheter med å sette seg inn i en tolkningsprosess styrt av ulike prinsipper og regler, som jurister bruker mange år på å beherske. Og en utvidelse av hjemler for inngrep basert på en slik prosess, vil kunne utfordre borgernes rettsikkerhet.

Dette er bakgrunnen for at jeg mener det er hensiktsmessig å betegne en omgåelsesnorm som en selvstendig regel, fremfor et tolkningsprinsipp. Jeg er av den formening at det vil være lettere for borgere å kunne forholde seg til normens innhold og påvirkning, dersom denne blir utskilt fra de andre tolkningsprinsippene. Det faktum at normen «får stå på egne ben» kan bidra til klargjøring av normens innhold og større oppmerksomhet om dens eksistens. Man vil også lettere kunne forsvare bruken av normen i forhold til legalitetsprinsippet. Dersom man har en klart formulert omgåelsesnorm innenfor et gitt rettsfelt, vil normen fremstå som en klarere og mer selvstendig utvidelse av hjemmelen for inngrep. Man vil dermed unngå de problemene en «for» utvidende tolkning av en regel vil kunne få med tanke på legalitetsprinsippet.

Under henvisning til det ovenstående anser jeg det som mer hensiktsmessig å operere med omgåelsesnormer som regler fremfor tolkningsprinsipper. I alle fall dersom man ser nor-

⁷⁸ Harboe (2012) s. 210.

men i forbindelse med bestemmelser som hjemler inngrep i borgernes rettssfære, som f.eks. innenfor skatteretten. Jeg er likevel av den oppfatning at omgåelsessynspunkter kan tjene som et moment i en alminnelig lovtolkning, under «paraplyen» reelle hensyn eller formålsbetraktninger, i de tilfellene det ikke er tale om å fjerne seg helt fra ordlyden i bestemmelser som hjemler omfattende inngrep.

3.2.1.4 Omgåelse vs. gjennomskjæring

I skatteretten har man et eksempel på en omgåelsesnorm som på selvstendig grunnlag utvider adgangen til å beskatte etter de alminnelige reglene. Høyesterett har som sagt betegnet normen som en regel, og den blir ofte kalt «gjennomskjæringsregelen». Selv om gjennomskjæringsregelen tilsynelatende fremstår som et eksempel på en omgåelsesnorm, er det flere forfattere som har diskutert hvorvidt man kan trekke likhetstegn mellom begrepene gjennomskjæring og omgåelse. Hvorvidt man kan trekke slike likhetstegn avhenger naturligvis av hvordan man velger å definere begrepene. Harboe mener det foreligger en klar forskjell i innholdet i de ulike begrepene. Han fremhever at gjennomskjæring er presentert som en regel av Høyesterett, hvis innhold kan presiseres. Videre viser han til at «omgåelse er et begrep hvis innhold ikke er presisert verken av lovgiver eller domstolene.»⁷⁹

Det er flere som likestiller de to begrepene, blant annet uttaler Zimmer følgende: «I denne fremstillingen omtales problemstillingen først og fremst som omgåelse. Det er svært vanlig å tale om gjennomskjæring, også i høyesterettsdommer: men denne terminologien er mindre heldig fordi det gir for klare assosiasjoner til gjennomskjæring av (aksje)selskapsform, noe det praktisk talt aldri er tale om i skatteretten (...)»⁸⁰

Det er ikke avgjørende hvilken definisjon de ulike begrepene får av ulike teoretikere, og det må bli opp til hver forfatter hvordan de trekker grensene mellom de ulike begrepene. I det videre vil omgåelse betegne et foreløpig standpunkt til en disposisjon som tilsynelatende

⁷⁹ Harboe (2012) s. 207.

⁸⁰ Zimmer (2009) s. 62.

ikke rammes av en lovbestemmelse, selv om resultatet av handlingen fremstår som likt som det forhold lovgiver ønsket å ramme gjennom bestemmelsen. Gjennomskjæringsregelen vil betegne den mulighet domstolen har til å hindre at et slikt forsøk på omgåelse står seg. Der-
som det ikke eksisterer en slik omgåelsesnorm som er anvendbar i det aktuelle tilfellet, vil omgåelsesforsøket enten stå seg eller støte an mot lovbestemmelsen etter en alminnelig fortolkning av denne. Jeg anser dette som en forlengelse av mitt standpunkt i det foregående avsnittet, se punkt 3.2.1.4.

3.3 Gjennomskjæring i andre rettsdisipliner

Det mest åpenbare eksempelet på en omgåelsesnorm er, som nevnt, gjennomskjæringsregelen i skatteretten. Også i saker som omhandler merverdiavgift og arveavgift eksisterer det et ulovfestet grunnlag for gjennomskjæring.⁸¹ Innenfor selskapsretten taler man også om gjennomskjæring, i den forstand at man skjærer igjennom aksjeselskapsformen. Dette er av Andenæs beskrevet som følger: «Uansett hvordan man stiller seg til identifikasjonsspørsmålet i sin alminnelighet, er det klart at det i visse sammenhenger er grunn til å identifisere aksjeselskap og aksjonær (gjennomskjæring av aksjeselskapsformen).»⁸² Også denne muligheten til å gjennomskjære vil kunne forhindre et forsøk på omgåelse av egne forpliktelser. Jeg kommer nærmere tilbake til gjennomskjæring av aksjeselskapsform og gjennomskjæring i skatteretten under punkt 3.3.1 og 3.3.2.

Også i krysningen mellom arbeidsrett og selskapsrett kan det oppstå spørsmål om gjennomskjæring av selskapsformene. Det kan oppstå tilfeller der man står overfor ulike rettssubjekter, men likevel «skjærer igjennom» og pålegger det ene selskapet ansvar for det andre selskapets forpliktelser. Eksempler på dette kan være at man pålegger morselskapet arbeidsgiveransvar for datterselskapets ansatte. I Rt. 1990-1126 (Wärtsilä-dommen) uttaler Høyesterett på s. 1132: «As ansettelse i datterselskapet er klart å anse som et arbeidsforhold etter arbeidsmiljøloven, og datterselskapet har arbeidsgiveransvar etter denne lov. Men jeg

⁸¹ Se Rt. 2006 s. 1199 (Nagell-Erichsen) vedr. arveavgift og Rt. 2011 s. 213 (Invex) vedr. merverdiavgift.

⁸² Andenæs (2007) s. 56.

er videre ut fra en samlet vurdering av forholdet mellom datterselskap og morselskap og de plikter og rettigheter A hadde overfor morselskapet under sitt midlertidige opphold i Oslo, kommet til at også morselskapet måtte anses som arbeidsgiver etter arbeidsmiljøloven § 4 i den forbindelse som her er aktuell.» Her kunne ikke morselskapet slippe unna ansvar utelukkende fordi selskapene var organisert som egne rettssubjekter, man ønsker altså å forhindre en omgåelse av ansvar gjennom bruk av selskapsformer.

Om det skal/bør foreligge en omgåelsesnorm som skal motvirke forsøk på å unngå ansvar ved opprettelse av ulike rettssubjekter har også vært drøftet i forurensningsretten. I Rt. 2010 s. 306 (Hempel-dommen) fikk et morselskap ansvar for å besørge og bekoste nødvendige miljøundersøkelser i forbindelse med datterselskapets virksomhet på de aktuelle eiendommer, samt strandsonen og sjøbunnen utenfor. Dette ble riktignok begrunnet med at et morselskap som hadde aksjer i datterselskapet ble ansett for å være pliktsubjekt fordi de «hadde noe» som kunne medføre forurensning, jfr. forurensningsloven § 51. Selv om saken ble løst gjennom alminnelig lovtolkning av forurensningsloven § 51, ble det problematisert at det var tale om to ulike rettssubjekter. Førstvoterende uttaler i avsnitt (51): «Morselskapet har således kontroll over datterselskapet, men rettslig sett er de to juridiske personer.» Det vises til departementets redegjørelse i Ot.prp.nr. 33 (1988-1989) s. 68 der det står skrevet «Spørsmålet er så om man skal gå *lenger* i å pålegge morselskap og andre som eier alle aksjene, eventuelt en dominerende aksjepost i et selskap, objektivt ansvar for forurensningsskader. Skal de mao gis en regel om såkalt ansvarsgjennombrudd (...)» En slik regel ble ikke gitt, og spørsmålet i Hempel-saken var hvorvidt dette skulle ha betydning i forhold til påleggelse av annet ansvar enn erstatningsansvar. Saken er relevant for temaet i min oppgave i den forstand at avgjørelsen belyser at spørsmål om omgåelsesnormer er aktuelle innenfor flere rettsdisipliner.

Innenfor tvangsfullbyrdelse- og konkursretten kan det også pekes på noen omgåelsesnormer. Innenfor konkurs kan jeg kort nevne de lovfestede omgåelsesnormene i dekningsloven §§ 5-2 - 5-9, de såkalte omstøtelsesreglene. Omstøtelsesreglene rammer handlinger som svekker kreditorenes dekningsrett. Særlig deknl. § 5-9, den subjektive omstøtelsesreglen,

anvendes i tilfeller der skyldner med hensikt har forsøkt å unndra midler. Dette kan man betegne som et forsøk på å omgå beslagsregelen i dekl. § 2-2.

Innenfor tvangsfullbyrdelsesretten er muligheten for gjennomskjæring av omgåelser av beslagsreglene muligens et åpent spørsmål. Jeg vil komme nærmere tilbake til dette, men vil vise til Rt. 1994 s. 1487 der følgende uttales på s. 1488: «Utvalget vil ikke uten videre se bort fra at lojalitets- og selskapsrettslige gjennomskjæringssynspunkter kan få betydning også for enkeltstående kreditorer.»

3.3.1 Gjennomskjæring i skatteretten

3.3.1.1 Fremveksten av gjennomskjæringsregelen

Vilkårene for gjennomskjæring er utviklet i rettspraksis.⁸³ I Rt. 2007 s. 209 (Hex-dommen) heter det i avsnitt (39): «Den ulovfestede gjennomskjæringsregel er blitt utviklet i et samspill mellom rettspraksis og juridisk teori.» Frederik Zimmer forklarer dette med at juridisk teori spiller en viktig rolle gjennom å analysere og systematisere rettspraksis, men at det er Høyesteretts praksis som er den sentrale rettskilden.⁸⁴

Første gang Høyesterett anvendte uttrykket «gjennomskjæring» (i formen «skjære igjennom») var i Rt. 1976 s. 302, kjent som Astrup eller Ragelas-dommen.⁸⁵ Førstvoterende uttaler følgende på side 305-306 i avgjørelsen:

«Jeg finner at vi her står overfor en transaksjon av denne art og at det var berettiget av Nøtterøy ligningsnemnd å «skjære igjennom » og foreta etterlikning på det grunnlag at det i skattemessig henseende reelt var aksjonærene som foretok likvidasjonen av A/S Ragelas gjennom sitt eget selskap – Skip A/S Pegasus (...)»

⁸³ Rt. 2002 s. 456.

⁸⁴ Zimmer (2009) s. 63.

⁸⁵ Harboe (2012) s. 11.

I Rt. 2006 s. 1199, Nagell-Erichsen-dommen, uttales det i avsnitt (47): «siden 1920-årene er det gjennom Høyesteretts praksis etablert at det i forhold til ulike skatteregler etter omstendighetene vil kunne foretas gjennomskjæring og ved det etablere skatteplikt for transaksjoner som tilsynelatende ikke omfattes av den aktuelle regel.» Uten at Høyesterett viser til konkrete avgjørelser fra så tidlig som 1920-årene, kan en slå fast at det har vært en åpning for gjennomskjæring i skatteretten i lang tid. Utviklingen av den gjennomskjæringsadgangen en kjenner i dag er i hovedsak skjedd etter Kielland- og Astrup-dommen på 1970-tallet.⁸⁶

Hensynene bak gjennomskjæringsregelen i skatteretten er i første rekke å oppnå en effektiv og rettferdig beskatning av midler. Man ønsker å motvirke vilkårlighet i beskatningen, og forhindre samfunnsøkonomisk tap.⁸⁷ De sterkeste hensynene mot en slik omgåelsesregel er legalitetsprinsippet, herunder hensynet til forutberegnelighet. Skatteyderne har behov for forutberegnelighet og vern mot tilbakevirkende krav.⁸⁸ Alt dette taler mot en for inngripende og løsrevet praktisering av gjennomskjæringsregelen.

3.3.1.2 Vilkår for skatterettslig gjennomskjæring

Kort og upresist kan det sies at det er to vilkår for gjennomskjæring i skatteretten. En disposisjon vurderes ut ifra hvilken «egenverdi» den har utover de skattemessige, og hvorvidt resultatet av transaksjonen strider mot skattereglenes formål.

Første del av vurderingen består altså i å forsøke å se om det finnes andre hensikter med disposisjonen, enn den hensikt som er begrunnet i skattemessig besparelse.⁸⁹ Dersom man finner flere årsaker bak disposisjonen, må disse veies opp mot hvor fremtredende skattebe-

⁸⁶ Harboe (2012) s. 12.

⁸⁷ Banoun (2003) s. 87.

⁸⁸ Banoun (2003) s. 87.

⁸⁹ Rt. 1999 s. 946.

sparelsen fremstår å være. Høyesterett har krevet at skattebesparelsen må ha vært det hovedsakelige formålet, for å kunne omfattes av gjennomskjæringsregelen. Det innebærer altså at skatteformålet må ha veid tyngre enn de andre forholdene til sammen.⁹⁰

I tillegg til at skattebesparelse må ha fremstått som hovedårsaken til disposisjonen, må det også foretas en totalvurdering av hvorvidt handlingen støter an til formålet bak skattereglene.⁹¹ Dette kravet kan også formuleres som et krav om illojalitet overfor skattereglene. Kravet om illojalitet skal forhindre at man griper inn overfor en borger som legitimt har handlet innenfor det lovverket som foreligger. Det har også en side til at det er lovlig å innrette seg etter gjeldende lovverk på en slik måte at man betaler minst mulig skatt. I helhetsvurderingen er det en rekke momenter som er relevante, blant annet skatteyters formål med disposisjonen, skattemessige- og ikke-skattemessige virkninger, hvilken skatteregel det er tale om og om skatteyter kan sies å ha oppnådd noen faktisk fordel.⁹²

3.3.2 Ansvarsgjennombrudd i selskapsretten

Begrepene «gjennomskjæring» og «ansvarsgjennombrudd» i selskapsretten brukes til å betegne situasjonen hvor man skjærer gjennom aksjonærenes ansvarsbegrensning. Man skjærer altså gjennom selskapsformen, på en slik måte at aksjonærene blir personlig ansvarlig for selskapets forpliktelser. Man kan tenke seg gjennomskjæring på flere rettslige grunnlag; gjennom erstatningsreglene, på avtalerettslig grunnlag og som et selvstendig rettslig grunnlag. Det er ansvarsgjennombrudd eller gjennomskjæring som selvstendig rettslig grunnlag for å pålegge aksjonærene ansvar for selskapsforpliktelser, som er det sentrale grunnlaget i forhold til denne oppgavens tema.

Det har lenge vært usikkerhet om hvorvidt det eksisterer et selvstendig rettslig grunnlag for gjennomskjæring av aksjeselskapsformen. En eventuell gjennomskjæringsregel er ikke

⁹⁰ Zimmer (2009) s. 65.

⁹¹ Rt. 1999 s. 946.

⁹² Zimmer (2009) s. 63 flg.

lovfestet, og tanken på ansvarsgjennombrudd synes vanskelig under henvisning til hovedregelen i aksjeloven (asl.) § 1-2. Det følger av hovedregelen at aksjonærene ikke skal hefte for selskapets forpliktelser. Myndighetene har uttalt at bakgrunnen for dette blant annet er å gjøre det lettere for folk å satse på risikofylt virksomhet, som i neste rekke stimulerer næringslivet. Ansvarsbegrensningen i asl. § 1-2 er helt grunnleggende, og det skal antagelig mye til å sette ansvarsbegrensningen til side. Om usikkerheten rundt regelens eksistens uttaler Høyesterett i Rt. 1996 s. 672 (Kongepark-dommen) følgende på s. 678: «Det er sterkt omtvistet i saken om vi i det hele tatt har noen slik regel om ansvarsgjennombrudd og – hvis spørsmålet besvares med ja – hva som i tilfelle er de nærmere vilkårene for å gjøre et slikt ansvar gjeldende.» Videre uttaler førstvoterende: «På det helt generelle plan vil jeg bemerke at det iallfall skal mye til for å kunne statuere et slikt direkte ansvar for aksjonærene.»

Det eksisterer lite rettspraksis på område, og noen få sentrale avgjørelser utgjør sammen med lovforarbeider mye av rettskildebilde. Rt. 1996 s. 742 «Kongepark-dommen» og Rt. 1996 s. 742 «Minnor-dommen» er de mest sentrale avgjørelsene om dette tema, men også LH-2011-206280 kan bidra til å belyse rettsgrunnlaget «ansvarsgjennombrudd». Høyesterett har i disse avgjørelsene langt på vei formulert vilkårene for ansvarsgjennombrudd, men bestemmelsen har ikke blitt lagt til grunn i noe særlig omfang.

I Kongepark-dommen gjør Høyesterett for første gang et forsøk på å formulere vilkårene for ansvarsgjennombrudd. Retten uttaler på s. 678-679:

«Et eventuelt ansvarsgjennombrudd må – slik jeg ser det – i tilfelle begrunnes hovedsakelig ut fra to argumenter. (1) Fremtrer det som utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen, og (2) har det vært en sammenblanding mellom selskapene som medfører at selve det formelle selskapsforholdet ikke fortjener vern. De to sett må ses i sammenheng, og det må foretas en helhetsvurdering.»

Under vilkår (1) er det relevant hvorvidt selskapet er underfinansiert, om det er økonomisk ubalanse mellom eier og selger og om det har foregått en tapping av selskapsmidlene. Ved vurderingen av vilkår (2) er det relevant hvem som har hatt den dominerende rådigheten og om det formelle skille mellom eier og selskapet er gjennomført.

Det samme resonnementet rundt vilkårene ble gjentatt av Høyesterett i Minnor-dommen, men det ble heller ikke her konkludert med hvorvidt det kunne sies å eksistere en slik regel i norsk rett. Årsaken til at de ikke tok stilling til dette var at forholdet ikke oppfylt vilkårene som var formulert av Høyesterett.

Senere er åpningen for ansvarsgjennombrudd fulgt opp i Ot.prp.nr. 23 (1996-97) pkt. 12.1.⁹³ I forarbeidene til ny aksjelov uttales det:

«Norsk rett inneholder ikke generelle lovfestede regler om ansvarsgjennombrudd, og det er heller ingen Høyesterettsdom som uttrykkelig bygger på dette grunnlaget. Det er likevel antatt at domstolene vil kunne godta en slik regel uten hjemmel i lov. I så fall vil det neppe være tilstrekkelig bare å konstatere at et aksjeselskap innebærer liten realitet (...) Men om det for eksempel ikke er mulig å skille virksomheten til aksjeeieren fra selskapets, eller om aksjeeieren har godtatt at selskapet driver uten tilstrekkelig kapital, kan synspunktet ansvarsgjennombrudd tenkes å føre frem.»

Det skal altså antagelig mye til å sette ansvarsbegrensningen som følger av aksjeselskapsformen til side basert på en gjennomskjæringsregel, hvis det overhode er mulig innenfor den nåværende rettsstilstanden. En eventuell «ansvarsgjennombruddsregel» vil, etter min mening, kunne betegnes som ulovfestet omgåelsesnorm. Dersom vilkårene for ansvarsgjennombrudd er oppfylt, vil en kunne betegne aksjonærenes handling som et forsøk på å omgå egne forpliktelser og ansvar. I den foreliggende rettspraksis har situasjonen vært at

⁹³ LH-2011-206280.

selskapet har vært drevet på en slik måte at motpartene har ført seg nærmest ført bak lyset av selskapet og aksjonærene. Det har vært argumentert med at aksjonærenes innblanding i situasjonen gjør det legitimt å lempe ansvaret over på dem, når selskapet ikke selv kan oppfylle de forpliktelsene selskapet har påtatt seg.

3.4 Gjennomskjæring i tvangsfullbyrdelsesretten for enkeltforfølgende kreditorer?

Jeg har nå gått gjennom noen eksempler på omgåelsesnormer i skatte- og selskapsretten, og i det følgende vil jeg se nærmere på hvorvidt det kan tenkes å eksistere en omgåelsesnorm som skal forhindre omgåelser av beslagsreglene. Jeg vil se nærmere på den rettspraksisen som foreligger om temaet, samt drøfte behovet for en slik norm. Jeg vil også se nærmere på de hensyn som taler for og imot utviklingen av en slik norm, samt eventuelle vilkår for anvendelsen av denne. I det følgende vil jeg betegne omgåelsesnormen som en gjennomskjæringsregel.

3.4.1 Rettspraksis

Det eksisterer svært lite rettspraksis om emnet, og så vidt jeg er kjent med er det kun en høyesterettsavgjørelse som peker konkret på gjennomskjæringssynspunkter ved spørsmål om beslag.⁹⁴ Det er likevel slik at det eksisterer noen eksempler på avgjørelser fra underretten som synes å bygge på omgåelsessynspunkter, på tross av at man feilaktig betegner situasjonen som proforma.

Lagmannsrettsavgjørelsene LE-1994-2419 og LE-1995-1966⁹⁵ er eksempler på en tilsidesettelse av en, etter min definisjon, reell disposisjon. I begge sakene uttaler lagmannsretten det ved kreditorforfølgelse må ses bort fra selskapskonstruksjonen, da selskapet er profor-

⁹⁴ Rt. 1994 s. 1487.

⁹⁵ Begge sakene er mellom samme parter. I LE-1994-2419 (sak nr.1) stadfestes påleggstrekk for første gang, mens spørsmålet kommer opp igjen i LE-1995-1966 (sak nr. 2) da den opprinnelige trekkperioden er utløpt. Som det senere fremgår ble anken over den første avgjørelsen forkastet av Høyesterett, og lagmannsretten bygget på uttalelsene sine fra sak nr.1 i sak nr. 2.

ma. Sakene dreide seg om en kreditor som gikk til sak for å få beslag i et refusjonskrav mot folketrygden som skyldner hadde overdratt til sitt aksjeselskap. De ønsket med andre ord å ta beslag i selskapets eiendeler til dekning av aksjonærens gjeld. Det ble bl.a. pekt på at lagmannsretten fant det overveiende sannsynlig at aksjeselskapet ikke tjente andre formål enn å hindre kreditorbeslag i skyldners eiendeler. Videre viser lagmannsretten til at det var en så nær og omfattende sammenblanding av skyldners personlige økonomi og selskapets, at man måtte regne inntektene i AS'et som hennes personlige inntekt. Dette argumentet synes relativt likt som et av vilkårene for ansvarsgjennombrudd i selskapsretten. LE-1994-2419 ble anket inn for Høyesterett, og ankeutvalget uttalte at de ikke kunne finne tegn på noen gal lovanvendelse eller saksbehandling i lagmannsrettens avgjørelse. Ankeutvalget viser videre til at de ikke kan prøve det som ellers er anført fordi det dreier seg om konkret rettsanvendelse.⁹⁶

Et annet eksempel på tilsidesettelse av et gyldig stiftet selskap finner man i LF-1994-216. Saken dreide seg om et foretak som under kreditorforfølgelse overdro alle aktiva til et nyopprettet selskap. Passiva ble også overført til det nye selskapet, med unntak av gjelden til den utleggssøkende kreditoren (motparten i saken). Følgene av arrangementet var at debitorselskapet ikke lenger hadde noen eiendeler, men kun gjeld til motparten i saken. Motparten forsøkte derfor å ta beslag i eiendelene i det nystiftede selskapet, med anførsel om at stiftelsen av det nye selskapet og overdragelsen var proforma. Lagmannsretten uttaler:

«Rekkefølgen i begivenhetene levner liten tvil om at stiftelsen av – og overføringen til – A AS, var et arrangement for å unngå kreditorbeslag fra B AS (...) Etter lagmannsrettens vurdering representerte overdragelsen 19. januar 1993 etter omstendighetene et illojalt arrangement for å avskjære B AS fra påbegynt tvangsinnndrivelse av sitt tilgodehavende(...)

⁹⁶ Jeg har vært i kontakt med den ankende parts prosessfullmektig Trond Skyberg for å forsøke å finne ut av hva parten anførte i sin anke. Det var dessverre ikke mulig å gjenfinne anken, så akkurat hva kjæremålsutvalget har tatt stilling til er ikke godt å vite.

En slik fremgangsmåte kan rettsordenen ikke akseptere og overdragelsen må settes til side som proformaverk i forhold til det fremsatte utleggskrav fra A AS.»

Saken kom deretter til Høyesteretts ankeutvalg, som opphevet lagmannsrettens avgjørelse.⁹⁷ Ankeutvalget uttaler på s. 1488:

«Bruken av ordet ‘proforma’ synes å kunne innebære at selskapsstiftelsen ikke skulle anses å ha noen realitet. En slik karakteristikk synes imidlertid lagmannsretten ikke å ha dekning for. Den begrunnelse som for øvrig er gitt viser imidlertid at det lagmannsretten vel egentlig legger til grunn, er at selskapets eiere har opptrådt utilbørlig. Resultatet er at det skjer en form for omstøtelse.»

Høyesterett kunne altså ikke tilslutte seg lagmannsrettens begrunnelse for stadfestelsen av utlegget, men de var enige i resultatet, dog med en annen begrunnelse. I et obiter dictum antyder de at saken kan løses ved å se hen til aksjeloven § 2-13 1.ledd, om tidspunktet for registrering og ervervelse av rettigheter for nystiftede aksjeselskaper. Avgjørelsen ble opphevet, og lagmannsretten bygget deretter avgjørelsen på uttalelsene i obiter dictumet.⁹⁸ Lagmannsretten uttaler strengt talt ikke at det er selskapet de anser som proforma, men overdragelsen, selv om de tidlig i avgjørelsen uttaler at stiftelsen av selskapet var et arrangement for å unngå kreditorforfølgelse. Ankeutvalget tolker likevel lagmannsrettens avgjørelse som en tilsidesettelse av et gyldig stiftet selskap som proforma.⁹⁹

Selv om den ovennevnte saken ikke ble avgjort på bakgrunn av gjennomskjæringssynspunkter eller proforma, kommer ankeutvalget med en svært interessant uttalelse i sin avgjørelse. De uttaler på s. 1488: «Utvalget vil ikke uten videre se bort fra at lojalitets og selskapsrettslige gjennomskjæringssynspunkter kan få betydning også for enkeltforfølgende

⁹⁷ Rt. 1994 s. 1487.

⁹⁸ LF-1994-664.

⁹⁹ Se første setning i ovennevnte sitat fra Høyesterett.

kreditorer. Dette krever imidlertid en bred vurdering som partenes skriftlige innlegg i saken neppe ga grunnlag for.» Dette er uttalelser som naturligvis ville hatt mer rettskildemessig vekt dersom de var uttalt av Høyesterett i avdeling, men er likevel av interesse for spørsmålet om hvorvidt det er en åpning for en «omgåelsesnorm» innenfor tvangsfullbyrdelse.

3.4.2 Behovet for en omgåelsesnorm

Også under dette punktet spiller forholdet mellom begrepene gjennomskjæring og proforma en rolle. Sammenblanding og feilkategorisering av saksforhold kan ha en sammenheng med historien bak, og mulighetene for, anvendelsen av «normene» som betegnes som proforma og gjennomskjæring.

Innenfor skatteretten har regelen om gjennomskjæring utviklet seg over tid. Det ble likevel reagert mot «omgåelser» før regelen var ferdigutviklet, men da ofte gjennom å ta utgangspunkt i læren om proforma som var alminnelig akseptert.¹⁰⁰ Dette medførte at tilfeller som ikke burde klassifiseres som proforma, likevel ble «presset» inn under denne betegnelsen.

Behovet for å strekke proformabegrepet så langt at man reelt sett er utenfor begrepets nedslagsfelt, er ikke så påtrengende når man har en åpning for gjennomskjæring av reelle, gyldige disposisjoner. Også innenfor tvangsfullbyrdelse fins det etter min mening eksempler på at domstolen har strukket begrepet proforma for langt. Blant annet i LE-1994-2419 og LE-1995-1966 har lagmannsretten gått så langt at de har betegnet et gyldig stiftet selskap som proforma, og dermed sett bort fra selskapsformen og den ansvarsbegrensningen som følger av denne. Se nærmere om disse avgjørelsene overfor.

I forhold til spørsmålet om tilsidesettelse av et gyldig stiftet selskap som proforma, viser eksempler fra skatteretten at dette er vanskelig lar seg forsvare på grunn av realiteten dette medfører. I Rt. 1971 s.264 «Kielland-dommen», uttaler Høyesterett følgende på s. 266: «Riktignok finner jeg å måtte reservere meg overfor lagmannsrettens uttrykksmåte når den sier at A/S Mordan ble dannet som 'et rent proforma selskap'. I samsvar med hva begge

¹⁰⁰ Matre (2002) s. 582.

parter er enige om, må jeg bygge på at selskapet var gyldig stiftet, og at det ved Kiellands etterfølgende overdragelse av aksjemajoriteten i det til sine egne barn oppsto et bindende rettsforhold mellom han og barna.» Også i en sak som omhandler tvangsfullbyrdelse synes det som om Høyesterett tar avstand fra det å betegne et gyldig stiftet selskap som proforma. I Rt. 1994 s. 1487 uttaler Høyesterett på s. 1488: «Bruken av ordet 'proforma' synes å kunne innebære at selskapsstiftelsen ikke skulle anses for å ha noen realitet. En slik karakteristikk synes imidlertid lagmannsretten ikke å ha dekning for.»

Etter dette ser det ut til å være behov for en egen omgåelsesnorm, også i tvangsfullbyrdesretten, særlig i forhold til bruken av selskapsform. Kanskje er det mulig å trekke noen linjer mellom den rettspraksisen det er henvist til ovenfor, og den situasjonen man hadde i skatteretten før gjennomskjæringsregelen ble etablert. Situasjonen i skatteretten bar nemlig også preg av en feilaktig bruk av proformabegrepet på omgåelsessituasjoner.¹⁰¹

Det er først og fremst i forhold til gjennomskjæring av aksjeselskapsformen til fordel for kreditor at behovet for en omgåelsesnorm melder seg sterkest. Dette er blant annet på grunn av at det i slike situasjoner ofte er skyldneren selv som overfører eiendeler til et selskap han selv er eier av. Det foregår altså en overføring av eiendeler fra skyldneren til en annen juridisk person, som i realiteten bør identifiseres med skyldneren selv. Man ser her egentlig en omvendt situasjon fra tilfellene som kan tenkes rammet av reglene om ansvarsgjennombrudd. I ansvarsgjennombruddstilfellene er det selskapets kreditorer som vil gå direkte på aksjonærene, mens det her er tale om aksjonærens kreditorer som vil gå direkte på selskapet. Det at man har funnet et behov for gjennomskjæring av selskapsformen for selskapskreditorene, kan tale for at også aksjonærens kreditorer skal kunne påberope seg den samme adgangen til å ta beslag. Dette gjør seg i alle fall gjeldende i de tilfeller der det kun er skyldneren, og eventuelt andre han kan identifiseres med, som er aksjonærer.

¹⁰¹ Matre (2002) s. 582.

3.4.3 Hensyn bak en eventuell gjennomskjæringsadgang

På samme måte som bl.a. i skatteretten vil legalitetsprinsippet sette en skranke for hvor langt en ulovfestet omgåelsesnorm vil kunne trekkes. Beslag av en reelt overført eiendel er naturligvis en inngripen i tredjepersonens rettssfære, og skal som klar hovedregel kun gjøres med hjemmel i lov. Jo større inngrep det er snakk om, desto klarere bør hjemmelen være. På bakgrunn av dette bør man kreve at hjemmelen for beslaget både er en tilgjengelig og relativt klar regel. Dette henger nøye sammen med borgernes krav til å kunne forutberegne sin rettsstilling, og planlegge sine disposisjoner ut fra de reglene som gjelder på disposisjonstidspunktet. Dette utelukker likevel ikke ulovfestede utvidelser av hjemler for inngrep, som gjennomskjæringsregelen i skatteretten er et eksempel på. I tilfeller der det er tale om ulovfestede hjemler, bør vilkårene for disse reglene som sagt være relativt tilgjengelige og klare for borgerne.

Hensynet til tredjepersonens forutberegnelighet gjør seg ikke på samme måte gjeldende i tilfeller der det er skyldnerens eget selskap som mottar eiendelene. I disse tilfellene er både mottaker og avgiver klare over bakgrunnen for overføringene, og selskapets mulighet til å forutberegne sin rettsstilling fremstår ikke som et særlig beskyttelsesverdig hensyn.

I tilfeller der det foretas en gjennomskjæring av aksjeselskapsformen til fordel for kreditor, og det tas beslag direkte i selskapets aktiva, melder det seg andre hensyn som kan tale mot en slik gjennomskjæring. Blant annet taler hensynet til eventuelle selskapskreditorer mot en slik gjennomskjæring. Selskapets kreditorer kan ha ytet kreditt til selskapet i troen på at selskapet hadde aktiva, og et direkte beslag i disse midlene for aksjonærens gjeld vil kunne fortrenge usikrede selskapskreditorer sin adgang til å oppnå sikkerhet for sine krav. Også hensynet til eventuelle andre aksjonærer taler selvsagt i mot adgangen til gjennomskjæring av ansvarsbegrensningen, men som tidligere nevnt vil dette ikke gjøre seg gjeldende i tilfellene der skyldneren er eneaksjonær.

Også hensynet til samfunnet og kredittstrømmen vil kunne tale mot en omgåelsesnorm som gir adgang til beslag direkte i selskapets midler for aksjonærenes gjeld. Det vil muligens

virke mindre trygt å låne ut penger, eller inngå avtaler med selskaper. En usikret kreditor vil imidlertid heller ikke kunne gardere seg mot at selskapet tar opp ny gjeld som kan minke mulighetene til å oppnå sikkerhet, og man kanskje kan si at kreditor må ta risikoen for dette selv.

Hensyn som taler for en gjennomskjæringsadgang av aksjeselskapsformen til fordel for kreditor er blant annet hensynet til effektive beslagsregler, prevensjonshensyn og hensynet til gjenopprettelse. Det er en rekke eksempler på tilfeller hvor skyldner har «tømt seg» for eiendeler i forkant av en utleggsituasjon. Det er mange ulike måter å innrette seg slik, og mangel på mulighet til å reagere overfor slike handlinger vil kunne gjøre beslagsreglene ineffektive. En omgåelsesnorm vil også virke preventivt overfor skyldnere. En identifikasjon mellom selskapet og skyldneren vil kanskje gjøre at skyldneren ikke forsøker seg på slike illojale overføringer. Også gjenopprettelseshensyn taler for at en åpner for en type gjennomskjæring av aksjeselskapsformen. Dersom skyldneren allerede har innrettet seg på en illojal måte ved å overføre alle eiendeler til et eget selskap, vil man ha en åpning for å reagere mot denne innrettelsen dersom man har en gjennomskjæringsregel.

En kan kanskje si at det vil være unødvendig med en omgåelsesnorm til fordel for enkeltforfølgende kreditorer, all den tid man har omstøtelsesinstituttet i konkursretten. Men anvendelsen av det instituttet krever et generaloppgjør av boet. En bobehandling koster mye penger, tar lang tid og krever mye ressurser både fra domstolen og bostyrer. Blant annet i tilfeller der det kun er tale om en stor kreditor, eller en stor prioritert kreditor og noen mindre massekrav, vil det kunne være flere ulemper ved en kostbar bobehandling. En omgåelsesnorm vil kunne medføre en reaksjon mot handlemåten uten de samme ulempene en konkurs ville medført.

3.4.4 Eventuelle vilkår for gjennomskjæring

I forhold til eventuelle vilkår for en gjennomskjæringsregel er det naturlig å se hen til de omgåelsesnormene jeg tidligere har nevnt. Innenfor skatteretten har man krav til at transaksjonen ikke skal stride mot skattereglenes formål, samt at transaksjonen må ha en viss egenverdi utover skattebesparelsen. I selskapsretten har man krav til at opprettholdelsen av

ansvarsregelen må være illojal overfor kreditor, og at det må ha vært en klar sammenblanding som gjør at selskapsformen ikke fortjener vern. I den sparsomme praksisen som foreligger i tvangsfullbyrdelse fokuseres det bl.a. på sammenblanding av midler mellom aksjonær og selskap, samt at de samme personene går igjen som parter på begge sidene av avtalene. Dette kan tyde på at et vilkår om sammenblanding kan være et aktuelt vilkår også i tvangsfullbyrdelse.

Illojalitetsvilkåret finner man igjen i flere omgåelsesnormer, og bør antagelig også være et vilkår i en omgåelsesnorm innenfor tvangsfullbyrdesretten. Dette henger sammen med at man ønsker å ramme disposisjoner som medfører at skyldneren sitter igjen med en slik rådhighet over formuesgodene, som man forbinder med å være eier av dem. Dersom man lot slike innretninger stå seg overfor beslagsreglene, vil dette kunne virke illojalt overfor kreditor og lovgivers antatte vilje.

Vilkår om lav eller ingen egenverdi utover eventuell kreditorunndragelse er også et vilkår som kan være aktuelt å stille for gjennomskjæring i tvangsfullbyrdesretten. Et slikt vilkår vil kunne innbefatte en vurdering av skyldnerens unndragelseshensikt. Unndragelseshensikt er verken et nødvendig eller tilstrekkelig vilkår i noen av de omgåelsesnormene som tidligere er referert til, men kan likevel ha betydning. Dersom man ikke har noen andre hensikter med overdragelsen enn å omgå bestemmelsen, tyder det på en lav egenverdi utover nettopp omgåelsen av den aktuelle reglen.

I likhet med de andre omgåelsesnormene bør terskelen for anvendelse av normen være høy, bl.a. av hensyn til tredjepersonens rettsikkerhet og av respekt for avtalefriheten. Terskelen bør bære preg av at det er tale om en snever sikkerhetsventil som skal beskytte kreditor mot de aller mest illojale og uhederlige disposisjonene, særlig tilfellene der skyldneren blir sittende igjen med tilnærmet identisk rådhighet over de unndratte formuesgodene på bekostning av kreditor.

3.4.5 Oppsummering

På bakgrunn av svært sparsom rettspraksis, og lite litteratur om emnet, er det vanskelig å konkludere med hvorvidt det foreligger en slik norm på det nåværende tidspunktet. Det er likevel slik at ønsket om å reagere mot en viss type innrettelse til skade for enkeltforfølgende kreditorer synes å være til stede, og foretas til dels av lagmannsretten under henvisning til proformainstituttet. Fremveksten av en eventuell regel, og vilkårene for å anvende denne, vil måtte vokse frem i rettspraksis i likhet med omgåelsesnormene vi kjenner fra skatteretten og selskapsretten. Jeg vil avslutningsvis igjen trekke frem at Høyesteretts ankeutvalg har så vidt åpnet for en slik utvikling.¹⁰²

4 Avslutning

Gjennom oppgaven har jeg tatt for meg to ulike omgåelsessituasjoner, som etter min mening bør angripes på to ulike måter. Jeg har forsøkt å belyse ulikhetene i situasjonene, og holdt fast ved at det nødvendig å skille mellom tilfellene både av hensyn til den rettslige vurderingen og virkningen av disposisjonene.

Proformasituasjonen fremstår som en tilsynelatende omgåelse av beslagsreglene, men løses etter min mening av en tolkning av dekl. § 2-2 og gjennom bevisvurderingen. Når man har fastlagt det mest sannsynlige faktumet, og dette viser at avtalen ikke skal gjelde mellom partene, må man legge til grunn at skyldneren fremdeles er eier, og beslag kan tas jfr. dekl. § 2-2. Man har altså ikke lyktes i sitt omgåelsesforsøk. Ettersom bevisvurderingen er viktig i proformasaker har jeg foretatt en analyse av rettspraksis, for å se nærmere på den konkrete vurderingen retten gjør. Et av spørsmålene jeg ønsket å stille var hvorvidt det eksisterte noen objektivisert norm for bevisvurderingen i disse sakene. Jeg kan ikke si at jeg har belegg for å slå fast at det eksisterer noen slik objektivisert norm, men jeg mener at man kan se spor av noen erfaringsgrunnsetninger som synes å påvirke domstolen i sin vurdering av noen typer bevis.

¹⁰² Rt. 1994 s. 1487.

De situasjonene der den omstridte disposisjonen kan sies å representere et reelt avtaleforhold, har spørsmålet vært hvorvidt man kan reagere mot handlingen under henvisning til omgåelsessynspunkter. Jeg har forsøkt å belyse noen av de rettskildemessige sidene ved omgåelser, og har redegjort for noen eksempler på omgåelsesnormer man kan finne i andre rettsdisipliner. Jeg har forsøkt å trekke frem eksempler på avgjørelser som etter min mening er bygget på omgåelsessynspunkter, samt drøftet hensyn for og i mot en slik omgåelsesnorm innenfor tvangsfullbyrdelsesretten. Jeg har også sett på eventuelle vilkår for anvendelsen av en slik norm.

Gjennom mitt arbeid har jeg ikke kunne komme med noen konklusjon på hvorvidt det eksisterer en omgåelsesnorm innenfor tvangsfullbyrdelsesretten på det nåværende tidspunktet, men jeg mener det kan være behov for en slik regel. Noen tilfeller fremstår som åpenbare omgåelser, uten andre resultater for skyldneren enn unngåelse av beslag. Slike tilfeller bør det kunne reageres mot, selv om åpningen for en slik reaksjon bør være svært snever. En utvikling av normen bør skje i samspill mellom konkrete saksforhold og jussen, og bør fortrinnsvis være styrt av domstolen. Det tok mange tiår å utvikle gjennomskjæringsregelen i skatteretten, og det er fortsatt tvil om hvorvidt reglene om ansvarsgjennombrudd i selskapsretten eksisterer. Tilhengere av en omgåelsesnorm i tvangsfullbyrdelsesretten kan derfor måtte smøre seg med tålmodighet.

5 Kilder

5.1 Lovs- og forarbeidsregister

5.1.1 Lover

- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918
- 1927 Lov om vergemål for umyndige (vergemålsloven) av 22. april 1927 nr. 3
- 1935 Lov om tinglysning (tinglysingsloven) av 07. juni 1935 nr. 2
- 1978 Lov om godtroerverv av løsøre (godtroervervloven) av 02. juni 1978 nr. 37
- 1980 Lov om pant (panteloven) av 02. august 1980 nr. 2
- 1981 Lov om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven) av 13. mars 1981 nr. 6
- 1984 Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) av 08. juni 1984 nr. 59
- 1991 Lov om ekteskap (ekteskapsloven) av 04. juli 1991 nr. 47
- 1992 Lov om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdsloven) av 26. juni 1992 nr. 86
- 1994 Lov om sjøfarten (sjøloven) av 24. juni 1994 nr. 39
- 1997 Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 44
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90

5.1.2 Forarbeider

Utkast til lov om vergemaal for mindreaarige og umyndiggjorte (1919)

- | | |
|------------------------|--|
| Ot.prp.nr.33 (1988-89) | Om lov om forurensninger og om avfall |
| Ot.prp.nr.65 (1990-91) | Om lov om tvangsfullbyrding og midlertidig sikring |
| Ot.prp.nr.35 (1990-91) | Skattereformen 1992 |
| Ot.prp.nr.23 (1996-97) | Om lov om aksjeselskaper og lov om allmennaksjeselskaper |

5.2 Domsregister

5.2.1 Høyesterettspraksis

Rt. 1900 s. 821

Rt. 1901 s. 811

Rt. 1935 s. 981

Rt. 1940 s. 301

Rt. 1957 s. 290

Rt. 1959 s. 1106

Rt. 1971 s. 264

Rt. 1976 s.302

Rt. 1976 s. 638

Rt. 1986 s. 843

Rt. 1990 s. 1126

Rt. 1993 s. 173

Rt. 1994 s. 235

Rt. 1994 s. 1487

Rt. 1996 s. 672

Rt. 1996 s. 742

Rt. 1997 s. 708

Rt. 1997 s. 2017

Rt. 1998 s. 502

Rt. 1998 s. 728

Rt. 1998 s. 1779

Rt. 1999 s. 865

Rt. 1999 s. 901

Rt. 1999 s. 946

Rt. 1999 s. 1833

Rt. 2002 s. 789

Rt. 2005 s. 1476

Rt. 2006 s. 1199

Rt. 2007 s. 209

Rt. 2010 s. 306

Rt. 2011 s. 213

5.2.2 Underrettspraksis

RG. 1956 s. 1

LA-1992-856

LE-1992-1886

LF-1993-561

LE-1994-982

LE-1994-2419

LF-1994-216

LF-1994-274

LF-1994-356

LF-1994-664

LH-1994-439

LG-1994-1362

LE-1995-1966

LB-1995-2406

LG-1995-456

LF-1997-469

LB-1998-1588

LG-1999-716

LH-1999-617

LB-1999-2928

LB-2001-799

LH-2011-206280

LB-2011-92967

LB-2011-195142

LB-2011-188061

LB-2011-161276

5.3 Litteraturliste

Stang, Fredrik: Innledning til formueretten. 3.utg. Oslo, 1935

Arnholm, Carl Jacob: Privatrett II. Oslo, 1964

Brækhus, Sjur og Hærem, Axel: Norsk tingsrett. Universitetsforlaget, 1964

Sandvik, Tore: Proforma-overdragelse av fast eiendom I: Tidsskrift for rettsvitenskap. 1967, s.48-59

Aarbakke, Magnus: Omgåelse av skattereglene som rettsanvendelsesproblem I: Lov og rett 1970 s.1

Hov, Jo: Avtaleslutning og ugyldighet. Oslo, 1998

Lilleholt, Kåre: Godtruerverv og kreditorvern. 3. utg. Bergen, 1999

Sandvik, Tore: Proforma og gjennomskjæring I: Revisjon og regnskap nr. 7. 1999, s. 34-35

Røsæg, Erik: Garantier eller fattigmannstrøst. Oslo, 1992

Matre, Hugo P.: Pro forma i skatteretten I: Festskrift til Nils Nygaard: Nybrott og Odling, Fagbokforlaget, 2002 s. 579

Nygaard, Nils: Faktum og jus, rettskjeldelæra og bevisreglane I: Tidsskrift for rettsvitenskap. 2002 s. 33-61

Banoun, Bettina: Omgåelse av skattereglene. Oslo, 2003

Jusleksikon: Jon Gisle...[et al.] 2.utg. Oslo, 2005

Andenæs, Mads Henry: Selskapsrett. Oslo, 2007

Zimmer, Frederik: Lærebok i skatterett. 6.utg. Universitetsforlaget, 2009

Andenæs, Mads Henry: Konkurs. 3.utg. Oslo, 2009

Harboe, Einar: Skattemessig gjennomskjæring. Oslo, 2012

Herlofsen, Erik Råd: Proformaarrangementer – tvangsfullbyrdelse, foredrag for Juristenes utdanningssenter. Oslo, 01.06.2012